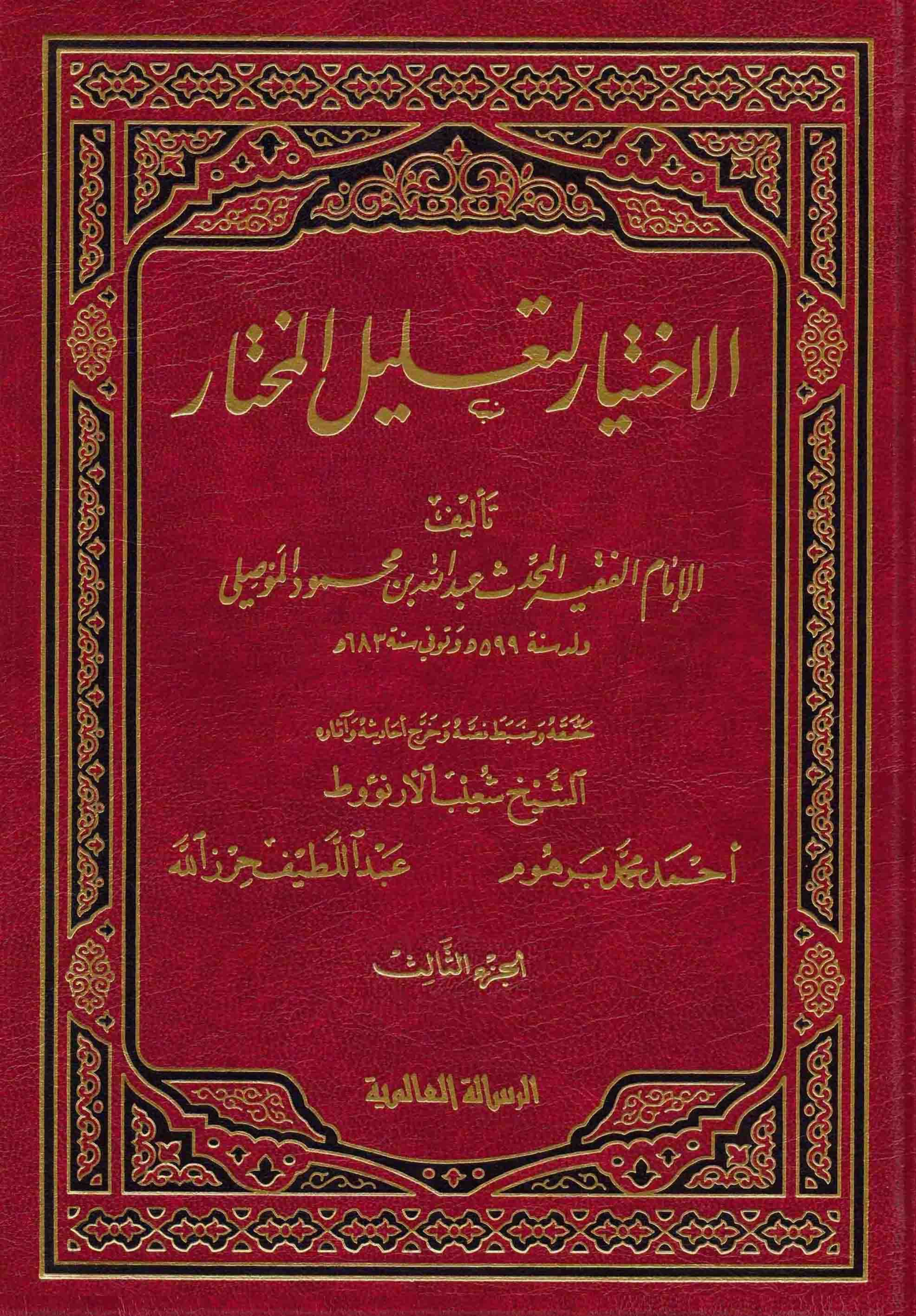

الاختيار لتعليل المختار
تأليف
الإمام الفقيه المحدث عبد الله بن محمود الموصلي
ولد سنة ٥٩٩ هـ وتوفي سنة ٦٨٣ هـ
حققه وضبط نصه وخرج أحاديثه وآثاره
الشيخ شعيب الأرنؤوط
أحمد محمد برهوم
عبد اللطيف حرز الله
الجزء الثالث
الرسالة العالمية



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دار الرسالة العالمية

شركة الرسالة العالمية م.م.

Al-Resalah Al-A'lamiah m.
Publishers

الطَّبْعَةُ الأولى

١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

الإدارة العامة

Head Office

دمشق - الحجاز

شارع مسلم البارودي

بناء خولي و صلاحي

2625

(963)11-2212773

(963)11-2234305

الجمهورية العربية السورية

Syrian Arab Republic

info@resalahonline.com

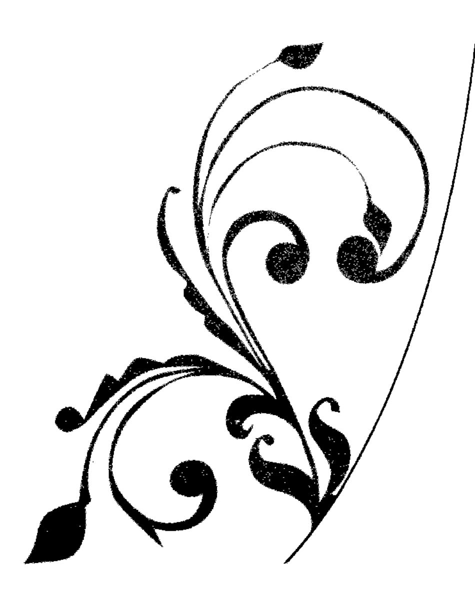
http://www.resalahonline.com

فرع بيروت

BEIRUT/LEBANON

TELEFAX: 815112- 319039- 818615

P.O. BOX:117460



الاختيار لتعليل المختار

تأليف

الإمام الفقيه المحدّث عبد الله بن محمود الموصلي

ولد سنة ٥٩٩هـ وتوفي سنة ٦٨٣هـ

حقّقه وضبط نصّه وخرّج أحاديثه وآثاره

الشيخ شعيب الأرنؤوط

أحمد محمد برهوم — عبد اللطيف حرز الله

الجزء الثالث

دار الرسالة العالمية

كتاب الشّرب

وهو النَّصِيبُ مِن الماءِ. وقِسمَةُ الماءِ بينَ الشُّركاءِ جائزةٌ ويجُوزُ دعوَى الشِّربِ بِغيرِ أرضٍ، ....

كتاب الشِّرب

(**وهو النَّصِيبُ مِن الماءِ**) للأراضي وغيرها. قال تعالى: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥].

قال: (**وقِسمَةُ الماءِ بينَ الشُّركاءِ جائزةٌ**)، وبُعِثَ ﷺ والناسُ يفعلونَه فأقرَّهم عليه، وتعامَلَه الناسُ إلى يومنا من غير نكيرٍ، وهو قسمةٌ باعتبار الحَقِّ دون الملكِ، لأن الماء غيرُ مملوكٍ في النهر، والقِسمةُ تارةً تكون باعتبار الملكِ، وتارةً باعتبار الحقِّ، كقِسمةِ الغنائم.

قال: (**ويجُوزُ دعوَى الشِّربِ بِغيرِ أرضٍ**) استحساناً، لجواز أن يكون الشِّربُ حقّاً له بدون الأرض، بأن اشتَرَى الأرضَ والشِّربَ، ثم باع الأرضَ وبقي الشربُ، أو وَرِثَه، وقد يُمْلَكُ بالإرثِ ما لا يُمْلَكُ بالبيع، كالقِصاص والخَمر. وإذا شهدوا بشِرب يومٍ من النهر لا تُقبَلُ إذا لم يقولوا من كم يومٍ، ولو ادَّعى أرضاً على نهرٍ شِرْبُها منه فشهدوا[1] له بالأرض قُضِي بها وبحِصَّتها من الشِّرب، لأن الأرض لا

---

(١) في (س): فشهدا، والمثبت من (م).

ويُورَثُ، ويُوصَى بمَنفَعَتِه دُونَ رَقَبَتِه ولا يُباعُ، ولا يُوهَبُ، ولا يُتَصَدَّقُ به، ولا يَصلُحُ مَهْراً، ولا بَدَلاً في الخُلْعِ، ولا بَدَلاً في الصُّلحِ عن دَعوَى المالِ ولا في القِصَاصِ.

والمِياهُ أنواعٌ: ماءُ البحرِ، وهو عامٌّ، لجميعِ الخَلْقِ الانتفاعُ به بالشَّفَةِ وسَقْيِ الأراضي وشَقّ الأنهارِ. . . . .

تنفكُّ عن الشِّرب. ولو ادّعى الشِّربَ وحدَه فشهدوا له به لا يُقْضَى بشيءٍ من الأرض.

قال: (ويُورَثُ، ويُوصَى بمَنفَعَتِه دُونَ رَقَبَتِه) لأنه حقٌّ ماليٌّ، فيجري فيه الإرثُ، وجهالةُ الموصَى به لا تَمنع الوصيَّةَ، لأن الوصية من أوسع العُقود، حتى جازت للمعدوم وبالمعدوم.

قال: (ولا يُباعُ، ولا يُوهَبُ، ولا يُتَصَدَّقُ به) للجهالةِ الفاحشةِ وعدمِ تصوُّرِ القَبْضِ، ولأنه ليس بمتقوّمٍ، حتى لو سُقي به غيرُه لا يُضمَنُ.

(ولا يَصلُحُ مَهْراً) لما بينا، ويجب مهرُ المِثل، (ولا بَدَلاً في الخُلْعِ) حتى تَرُدَّ ما قَبَضَتْ من المَهر، (ولا بَدَلاً في الصُّلحِ عن دَعوَى المالِ ولا في القِصَاصِ) ويسقُطُ القِصاص وتجبُ الدِّيَة.

(والمِياهُ أنواعٌ): الأوّل: (ماءُ البحرِ، وهو عامٌّ، لجميعِ الخَلْقِ الانتفاعُ به بالشَّفَةِ[1] وسَقْيِ الأراضي وشَقّ الأنهارِ) لا يُمنع أحدٌ من

---

(١) الشَّفَة: هي حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي. وسمي بذلك، لأن الشرب يكون عادة بالشفة. قال العيني في «شرح الهداية» ١٢/ ٣١٢: =

والأدوِيَةُ والأنهارُ العظامُ كجَيْحُونَ وسَيْحونَ والنِّيلِ والفُراتِ ودِجْلَةَ، فالنَّاسُ مُشتَرِكُونَ فيه في الشَّفَةِ وسَقْيِ الأراضِي ونَصْبِ الأرحِيةِ. وما يَجرِي في نهرٍ خاصٍّ لِقَريةٍ فلِغَيرِهِم فيه شَرِكَةٌ في الشَّفَةِ. . . . .

شيءٍ من ذٰلك، كالانتفاع بالشمس والهواء.

(و) الثاني: (الأدوِيَةُ والأنهارُ العظامُ كجَيْحُونَ وسَيْحونَ والنِّيلِ والفُراتِ ودِجْلَةَ، فالنَّاسُ مُشتَرِكُونَ فيه في الشَّفَةِ وسَقْيِ الأراضِي ونَصْبِ الأرحِيةِ) والدوالي إذا لم يَضُرَّ بالعامة، وذٰلك بأن يُحيي مَوَاتاً ويَشُقَّ نهراً لسَقْيِها ليس في ملكِ أحدٍ، لأنه مباحٌ في الأصل، وغَلَبَةُ الماء تمنع قَهْرَ غيرِه واستيلاءَه عليه، وإن كان يضرُّ بالعامةِ فليس له ذٰلك، لأن دَفْعَ الضَّرر عنهم واجبٌ، وذٰلك بأن يكسر ضِفَّتَه، فيميلُ الماء إلى جانبها، فتغرقُ الأراضي والقُرى، وكذا شَقُّ السَّاقية للرَّحَى والداليةِ.

(و) الثالث: (ما يَجرِي في نهرٍ خاصٍّ لِقَريةٍ، فلِغَيرِهِم فيه شَرِكَةٌ في الشَّفَةِ) وهو الشُّرب وسَقْي الدواب، ولهم أخذُ الماء للوُضوء وغَسْلِ الثياب والخَبز والطَّبخ لا غير، وإن أتى على الماء كلِّه. روي أنه وَرَدَت على أبي حنيفةَ مسائلُ من خُراسانَ، فدفعها إلى زُفَرَ ليكتب فيها، منها: رجلٌ له ماءٌ يجري إلى مَزَارِعِه، فيجيءُ رجلٌ فيَسقي إبلَه

= أصل الشفة: شفهة، ولهٰذا يقال في تصغيرها: شفيهة، وفي جمعها: شفاه، وحذفت الهاء تخفيفاً، والمراد هنا الشرب بالشفاه، يقال: هم أهل الشفة، أي: لهم حق الشرب سقاءهم وأن يسقوا دوابهم.

وما أُحرزَ في جُبٍّ ونَحوِه، فليسَ لأحَدٍ أن يأخُذَ منه شيئاً بِدُون إذنِ صاحِبِه، وله بَيعُه، ولو كانتِ البِئرُ أو العَينُ أو النَّهرُ في مِلكِ رَجُلٍ له مَنْعُ مَن يُرِيدُ الشَّفَةَ من الدُّخُولِ في مِلكِه إن كان يَجدُ غيرَه بقُربِه في أرضٍ مُباحةٍ، فإن لم يَجِدْ فإمَّا أن يَترُكَه يأخُذُ بنفَسِه . . . .

ودوابَّه منه حتى يُنفِده كلَّه، هل له ذٰلك؟ فكتب زفرُ: ليس له ذٰلك، فعرَضَها على أبي حنيفةَ رضي الله عنه فغَلّطَه وقال: لصاحِبِ الإبلِ ذٰلك، لقوله عليه السلام: «النَّاسُ شُرَكاءُ في ثَلاثٍ...»[1] الحديث، والحديث يشمَلُ الشِّربَ والشُّربَ، إلا أن الشِّرب خُصَّ في النهر الخاصِّ دفعاً للضرر عن أهلِه، وبقي حقُّ الشَّفَة للضَّرورة، إما لشدَّة الحاجةِ، أو لأنه لا يقدِرُ على استصحاب الماءِ في كلِّ مكان. والبئرُ والحوضُ حكمها حكمُ النهر الخاصِّ.

(و) الرابع: (**ما أُحرزَ في جُبٍّ ونَحوِه فليسَ لأحَدٍ أن يأخُذَ منه شيئاً بِدُون إذنِ صاحِبِه، وله بَيعُه**) لأنه مَلَكَه بالإحراز، وصار كالصَّيد والحَشِيش، إلا أنه لا قَطْعَ في سرقتِه لقيام شُبهة الشَّركة فيه بالحديث.

قال: (**ولو كانتِ البِئرُ أو العَينُ أو النَّهرُ في مِلكِ رَجُلٍ، له مَنْعُ مَن يُرِيدُ الشَّفَةَ من الدُّخُولِ في مِلكِه إن كان يَجدُ غيرَه بقُربِه في أرضٍ مُباحةٍ، فإن لم يَجِدْ فإمَّا أن يَترُكَه يأخُذُ بنفَسِه**) بشرط أن لا يَكسِرَ ضِفَّتَه

---

(١) أخرجه من حديث رجل من أصحاب النبي ﷺ أبو داود (٣٤٧٧)، وهو في «المسند» (٢٣٠٨٢). وإسناده صحيح.

وفي الباب عن غير واحدٍ من الصحابة في «السنن» وغيره، ذكرناها في «المسند» تحت الحديث (٢٣٠٨٢) فانظرها هناك.

أو يُخرِجَ الماءَ إليه، فإن مَنَعَه وهو يَخافُ العَطَشَ على نَفسِه أو مَطِيَّتِه قاتَلَه بالسِّلاحِ، المُحرِزُ بالإناءِ يُقاتِلُه بِغيرِ سلاحٍ، والطَّعامُ حالَةَ المَخْمَصَةِ كالماءِ المُحْرَزِ بالإناءِ.

(**أو يُخرِجَ الماءَ إليه، فإن مَنَعَه وهو يَخافُ العَطَشَ على نَفسِه أو مَطِيَّتِه قاتَلَه بالسِّلاحِ**) لما روي: أن قوماً وَرَدُوا ماءً، فسألوا أهلَه أن يَدُلُّوهم على البئرِ فأَبَوا، فسألوهم أن يعطُوهم دَلْواً فأَبَوا، فقالوا لهم: إن أعناقَنا وأعناقَ مطايانا قد كادت تنقطعُ، فأَبَوا أن يُعطوهم، فذكروا ذٰلك لعمرَ رضي الله عنه، فقال: هلاَّ وضعتم فيهم السلاحَ؟[1] ولأنه منع المضطرّ عن حقِّه، لأن حقَّه ثابت في الشَّفَة، فكان له أن يقاتلَه بالسلاح.

(**والمُحرِزُ بالإناءِ يُقاتِلُه بِغيرِ سلاحٍ**) لأنه مَلَكَه بالإحراز، حتى كان له تضمينُه، إلا أنه مأمورٌ أن يدفع إليه قَدْرَ حاجتِه، فبالمنع خالَفَ الأمرَ، فيؤدِّبُه.

(**والطَّعامُ حالَةَ المَخْمَصَةِ كالماءِ المُحْرَزِ بالإناءِ**) في الإباحةِ والمقاتَلَة والضَّمان لما بينا، ولو كان النهرُ أو البئرُ في مَوَات قد أحياه فليس له أن يَمنَعَ صاحبَ الشَّفَة من الدخول إذا كان لا يكسِر المُسَنَّاةَ، لأن المَوَات كان مشتركاً، والإحياءُ لِحَقٍّ مشتركٍ، فلا يقطعُ حقَّ الشَّفَة.

والأصل في ذٰلك قوله ﷺ: «المسلمون» وفي رواية «النَّاسُ مُشترِكونَ فِي ثَلاثٍ: فِي الماءِ والكَلأ والنَّارِ»[2]، أثبَتَ الشَّرِكةَ فيها

---

(١) قال ابن قطلوبغا ص٢٧١: أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» عن أبي حنيفة، عن الهيثم، عن عمر، بلفظه، وهو منقطع.

(٢) صحيح، وقد سلف في الصفحة السالفة.

للناس كافةً، المسلمون والكفارُ فيه سواءٌ، فحُكم الماء ما ذكرنا.

وأما الكَلأ إن كان في أرضٍ مباحةٍ، فالناسُ فيه شركاءُ في الاحتشاش والرَّعْي، كاشتراكهم في ماءِ البحر، وإن كان في أرضٍ مملوكةٍ وقد نَبَتَ بنفسِه فهو كالنهر في أرضِه لا يَمنعُ عنه، وله المنعُ من الدخول في مُلكِه، وإن لم يجدْ غيرَه فعلى التفصيل الذي ذكرنا في الماء، وإن أَنبتَه في أرضِه فهو مملوك له، والكلأ: ما انبَسَطَ على الأرض ولا ساقَ له، كالإذْخِر ونحوِه، أما ما له ساقٌ فهو شجرٌ، وهو ملكٌ لصاحبِ الأرضِ، لأنه عليه السلام إنما أثبَتَ الشركةَ في الكَلأ لا في الشجر، والعَوْسَجُ من الشجر.

وأما النارُ فلو أوقدَ ناراً في مفازةٍ، فالجَمْر ملكُه، وليس له أن يمنَعَ أحداً من الاستضاءةِ والاصطلاءِ وأن يتخذ منها سِراجاً، لأن الجمرَ من الحَطَبِ وأنه ملْكُه، والنارُ جوهرُ الجمر، ولأنا لو أطلقْنا الناسَ في أخذِ الجَمر لم يبقَ له ما يصطلي به، ولا ما يخبزُ ويطبُخ به، وإن أوقد النارَ في ملكِه فله أن يمنع غيرَه من الدخول في ملكِه لا من النار، كما مرّ في الماء والكلأ.

فصل

(كَرْيُ الأنهارِ[1] العِظام على بيتِ المالِ) وهي التي لا تدخُلُ في

---

(١) كري الأنهار: أي: حفرها وإخراج طينها.

وما هو مَملُوكٌ لِلعامَّةِ فكَرْيُه على أهلِه، ومَن أبى منهم يُجْبَرُ. ومَؤُونَةُ الكَرْيِ إذا جاوَزَ أرضَ رجُلٍ تُرْفَعُ عنه (سم)، . . . .

المقاسِمَ، كسَيْحُون وإخوتِه: جَيْحُونَ والنيلِ ودِجْلَةَ والفُراتِ وما شبهها، لأن منفعتَها للعامة، فيكون في مالهم، فإن لم يكن في بيت المَال شيءٌ أُجبر الناسُ على كَرْيِه إذا احتاج إلى الكَرْي إحياءً لحقِّ العامة، ودفعاً للضَّرر عنهم، لكن يُخرِجُ الإمامُ من يُطيق العملَ ويجعل مَؤُونَتَهم على المَياسير الذين لا يُطيقونه.

(وما هو مَملُوكٌ لِلعامَّةِ فكَرْيُه على أهلِه) لأنَّ منفعتَه لهم (ومَن أبى منهم يُجْبَرُ) دفعاً للضَّرر العامِّ ـ وهو ضررُ الشركاء ـ بالضرر الخاصِّ، كيف وفيه منفعتُه، فلا يعارضه، وإن كان فيه ضررٌ عامٌّ بأن خافوا أن ينشَقَّ النهرُ فيخرُج الماءُ إلى طريق المسلمين وأراضيهم، فعليهم تحصينُه بالحِصص، وإن لم يكن فيه ضررٌ عامٌّ لم يُجبَروا، وأُمِر كلُّ واحد أن يُحصِّن نصيبَه. والنهرُ المملوكُ لجماعةٍ مخصوصين، فكَرْيُه عليهم، ومَن أبى منهم، قيل: يُجبَر لما مَرَّ، وقيل: لا يُجبَر، لأن كلَّ واحدٍ من الضَّررين خاصٌّ، ويمكن دفعُه بالكَرْي بأمرِ القاضي، ثم يرجعُ على الآبي، ولا كذلك الأوّل.

قال: (ومَؤُونَةُ الكَرْيِ إذا جاوَزَ أرضَ رجُلٍ تُرْفَعُ عنه) وقالا: الكَرْيُ عليهم جميعاً[1] من أولِه إلى آخرِه بحِصص الشِّربِ والأراضي، لأن الأعلى يحتاجُ إلى ما وراءَ أرضِه لتسييل ما فَضَلَ من مائِه كي لا يغرَقَ أهلُه.

---

(١) لفظة: «جميعاً» أثبتناها من (م)، ولم ترد في (س).

وليسَ على أهل الشَّفَةِ شَيءٌ مِنَ الكَرْيِ. نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجري في أرضِ غَيرِه ليسَ لِصاحِبِ الأرضِ مَنْعُه. نَهْرٌ بينَ قَومٍ اختَصَمُوا في الشِّرْب فهو بَينَهُم على قَدْرِ أراضِيهِم، . . . .

ولأبي حنيفة أنه متى جاوَزَ الكريُ أرضَه تمكَّن من سقيِها، فاندفعت حاجتُه، فلا يلزمُه ما بعد ذٰلك، حتى لو أمكنه السقيُ بدون الكَرْيِ لا يجبُ عليه الكريُ، وما ذكر من الحاجة يندفع بسدِّه من أعلاه، وليس على صاحبِ المَسيل عمارتُه، كمن له على سطحِ آخرَ مسيلُ ماء. وإذا جاوز الكريُ أرضَ رجلٍ هل له أن يفتح الماء؟ قيل: له ذٰلك، لأن الكريَ قد انتهى في حقِّه، وقيل: لا، لأنه لا يختصُّ بالانتفاع بالماء، ولهٰذا جَرَتِ العادةُ بالكَرْيِ من أسفلِ النهر، أو يترك بعضَه من أعلاه.

قال: (**وليسَ على أهل الشَّفَةِ شَيءٌ مِنَ الكَرْيِ**) لأنها شَرِكةٌ عامة.

قال: (**نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجري في أرضِ غَيرِه ليسَ لِصاحِبِ الأرضِ مَنْعُه**) لأن صاحبَ النهر مستعمِلٌ له بإجراءِ مائِه عملاً بالبيِّنة، وعلى هٰذا المَصَبُّ في نهرٍ، أو على سطحٍ، والميزابُ والطريقُ في دارِ[1] غيرِه، إلا أنه لا بدَّ له أن يقول في الدَّعوى: مَصَبُّ ماء الوضوء، أو المطرِ، أو غيرِه، لمكان التفاوت.

قال: (**نَهْرٌ بينَ قَومٍ اختَصَمُوا في الشِّرْب، فهو بَينَهُم على قَدْرِ أراضِيهِم**) لأن المقصودَ من الشِّرب سقيُ الأرض فيتقدر بقَدَرِها، بخلاف الطريق، لأن التطرُّقَ إلى الدار الواسعةِ والضيقةِ سواء. ولو

---

(١) تحرفت في (س) إلى: «ذٰلك»، والتصويب من (م).

وليسَ لِلأعلَى أن يَسْكُرَ حتَّى يَستَوفيَ إلاَّ بتَراضِيهِم، وليس لأحدِهم أن يَشُقَّ منه نهراً، أو يَنصِبَ عليه رَحىً أو . . . .

كان لبعض الأراضي ساقيةٌ وللبعض داليةٌ، ولا شيءَ للبعض، وليس لها شِربٌ معلوم، فالشِّربُ بينهم على قَدْر أراضيهم التي على حافَّةِ النهر، لأن المقصودَ من النهر سقيُ الأرض، لا اتخاذُ السواقي والدّوالي، فيستوي حالُهم فيما هو المقصود، ولأنَّ الأراضي في الأصل لا بدَّ لها من شِربٍ، وإن كان لها شِربٌ معروفٌ من غير هٰذا النهر لا حقَّ له في هٰذا النهر.

قال: (**وليسَ لِلأعلَى أن يَسْكُرَ**[1] **حتَّى يَستَوفيَ إلاَّ بتَراضِيهِم**) لما فيه من إبطالِ حقِّ الباقين، وهو منعُ الماء عنهم في بعض المُدَّة، ولأنه يحتاجُ إلى إحدار شيءٍ في وسطِ النهر، ورُبَّما يَنكبسُ[2] ما يحدر فيه عند السَّكْر، ورقبتُه مشتركةٌ بينهم، فلا يجوزُ، لٰكن يشربُ بحِصَّتِه، فإذا رَضُوا بذٰلك جازَ، لأن الحقَّ لهم، وكذٰلك لو اصطَلَحوا على أن يَسْكُرَ كلُّ واحدٍ في نَوبتِه جاز، لما قلنا. لٰكن لا يَسْكُرُ إلا بلوحٍ أو بابٍ، ولا يَسْكُرُ بالطين والتراب لأنه يكبس[3] النهرَ وفيه ضررٌ، وإن لم يَتَسَكر باللوح فبالتراب.

قال: (**وليس لأحدِهم أن يَشُقَّ منه نهراً، أو يَنصِبَ عليه رَحىً، أو**

---

(١) يَسْكُرُ النهرَ. أي: يسدُّه، من سكرتُ النهر سكراً، أي: سددته، من باب نصر ينصر.

(٢) في (س): ينكس، والمثبت من (م).

(٣) في (م): يكسر، والمثبت من (س).

يَتَّخِذَ عليه جِسراً أو يُوَسِّعَ فَمَه، أو يَسُوقَ شِرْبَه إلى أرضٍ ليس لها شِرْبٌ، إلاَّ بتراضِيهِم، ولو كانت القِسمَةُ بالكُوَى فليسَ لأحدِهِم أن يَقْسِمَ بالأيَّامِ، ولا مُناصَفَةً، ولا يَزِيدَ كُوَّةً وإن كان لا يَضُرُّ بالباقِينَ.

يَتَّخِذَ عليه جِسراً أو يُوَسِّعَ فَمَه، أو يَسُوقَ شِرْبَه إلى أرضٍ ليس لها شِرْبٌ، إلاَّ بتراضِيهِم) أما شقُّ النهر ونصبُ الرحى لأن فيه كسرَ ضِفَّةِ النهر وشَغْلَ ملكِ الغير ببنائه، إلا أن تضُرَّ الرحى بالنهر ولا بالماءِ، ويكونَ مكانُها له خاصٌّ فيجوز، لأنه تصرَّفَ في ملكِه من غيرِ إضرارٍ بالغير.

وأما اتخاذُ الجسرِ، فهو كطريقٍ خاصٍّ بين قومٍ، والقنطرةُ كالجِسر. وأما توسِعةُ فمِه لأنه يكسِرُ ضِفَّةَ النهر ويزيدُ على مقدارِ حقِّه. وأما سَوْقُ شِربِه إلى أرضٍ أخرى فلأنه ربَّما تقادم العهدُ فيدَّعيه ويستدلُّ به على أنه له، فإذا رَضُوا بذٰلك جاز لأنه حقُّهم.

قال: (ولو كانت القِسمَةُ بالكُوَى[1] فليسَ لأحدِهِم أن يَقْسِمَ بالأيَّامِ، ولا مُناصَفَةً) لأن الحقَّ ظهرَ بذٰلك، فيُترَكُ على حالِه، إلا أن يتراضيا لأن الحقَّ لهما.

قال: (ولا يَزِيدَ كُوَّةً وإن كان لا يَضُرُّ بالباقِينَ) لما بينا، بخلافِ النهرِ الأعظمِ، لأن له أن يشُقَّ فيه نهراً مبتدأ، فزيادةُ الكوّةِ أولى.

---

(١) كُوى، بضم الكاف والقصر، جمع كُوَّة بفتح الكاف وضمها، قال في «القاموس»: هي الخرق في الحائط. قال العيني في «شرح الهداية» ١٢/ ٣٣٤: ثم استعير الكوى لمفاتيح الماء إلى المزارع والجداول، فيقال: كِوى النهر، بالكسر والضم.

كتاب المُزارَعة

وهي عَقدٌ على الزَّرعِ بِبَعضِ الخارِجِ، وهي جائزَةٌ عند أبي يُوسُفَ ومحمدٍ، ....

كتاب المزارعة

(وهي) مفاعلةٌ من الزراعة، وهي: الحَرْثُ والفِلاحةُ، وتسمى مخابرةً، مشتقةٌ من خَيبرَ، فإنَّهُ ﷺ دَفَعَ خيبرَ مزارعةً[1]. فسُميت المزارعةُ مخابرةً لذلك، أو من الخَبير، وهو الأكّار، أو من الخُبرة بالضم: النصيب، أو من الخَبَار: وهو الأرض اللّيِّنة، وتُسمى المُحاقلةَ، مشتقةٌ من الحَقْل وهو الزَّرْعُ إذا تشعَّبَ قبل أن يَغْلُظَ سوقُه، وقيل: الحقلُ: الأرضُ الطيِّبةُ الخالصةُ من شائبةِ السَّبَخ، الصالحةُ للزراعةِ، وتُسمِّيه أهلُ العراق: القَرَاح.

وفي الشرع: (عَقدٌ على الزَّرعِ بِبَعضِ الخارِجِ، وهي جائزَةٌ عند أبي يُوسُفَ ومحمدٍ) لأن النبيَّ ﷺ عامَلَ أهلَ خيبرَ على نصف ما يخرُج من ثَمَرٍ وزرعٍ[2]، ولأن الحاجةَ ماسةٌ إليها، لأن صاحبَ الأرض قد لا

---

(١) انظر ما بعده.

(٢) أخرجه من حديث ابن عمر البخاري (٢٢٨٥) و(٢٣٢٨)، ومسلم (١٥٥١)، وهو في «المسند» (٤٦٦٣). وانظر تمام تخريجه فيه.

وعند أبي حنيفةَ: هي فاسِدةٌ، ....

يقدِرُ على العَمَل بنفسِه، ولا يجدُ ما يستأجرُ به، والقادرَ على العمل لا يجدُ أرضاً ولا ما يَعمل به، فدعتِ الحاجةُ إلى جوازها دفعاً للحاجةِ، كالمُضارَبة.

(وعند أبي حنيفةَ: هي فاسِدةٌ) لما رَوى رافعُ بنُ خَديج قال: نهانا رسولُ الله ﷺ عن أمرٍ كان لنا نافعاً، نهانا إذا كان لأحدِنا أرضٌ أن نُعطِيَها ببعضِ الخارج ثلثٍ أو نصفٍ وقال: «من كانت له أرضٌ فليَزرعها أو يَمنحْها أخاه»[1]، وهٰذا متأخرٌ عما كانوا يعتقدونَه من الإباحةِ ويَعملونَه، فاقتضى نَسْخَه.

وعن زيد بن ثابتٍ قال: نهى رسولُ الله ﷺ عن المُخابَرة قال: قلت: وما المخابرةُ؟ قال: «أن تأخذَ أرضاً بثُلثٍ أو بنصفٍ أو ربعٍ»[2].

---

(١) أخرجه بهٰذا اللفظ ابن أبي شيبة ٦/ ٣٤٤ عن أبي بكر بن عياش، عن أبي حصين، عن مجاهد، عن رافع بن خديج فذكره.

وأخرج قوله: «من كانت له أرض...» الحديث من حديث جابر البخاري (٢٣٤٠)، ومسلم (١٥٣٦) (٨٨) و(٨٩)، وهو في «المسند» (١٤٢٤٢)، و«صحيح ابن حبان» (٥١٤٨).

وعن أبي هريرة أخرجه البخاري (٢٣٤١)، ومسلم (١٥٤٤).

وانظر حديث رافع بن خديج وابن عباس في «المسند» (٢٥٩٨)، وحديث رافع وحده فيه برقم (١٥٨٠٨). وانظر تمام تخريجهما فيه.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٤٠٧)، وهو في «المسند» (٢١٦٣١). وإسناده صحيح. وانظر تمام تخريجه فيه.

وعن ابن عمر قال: كنا نُخابِرُ ولا نرى بذٰلك بأساً حتى ذكر رافع بنُ خَديج أنَّ رسول الله ﷺ نهى عنِ المخابرةِ[1]، فتركناه من أجل قوله.

ولأنه استئجارٌ بأجرةٍ مجهولةٍ معدومةٍ، وذٰلك مُفسِدٌ، ولأنه استئجارٌ ببعض ما يحصُلُ من عَمَلِه، فلا يجوزُ، كقفيز الطحّان، وحديثُ خيبرَ محمولٌ على أنه خراجُ مُقاسَمَةٍ، فإنه عليه السلام لما فَتَحَ خيبرَ عَنْوةً تركَ خيبرَ على أهلِها بوظيفةٍ وظفها عليهم، وهي نصفُ ما يخرجُ من نخيلهم وأراضيهم[2].

(والفَتْوَى على قَولِهما) لحاجةِ الناس، وقد تعامَلَ بها السلفُ، فصارت شريعةً متوارثةً وقضيةً متعارفةً. قال الحصيري رحمه الله: وأبو حنيفة رضي الله عنه هو الذي فرَّع هٰذه المسائلَ على أصولِه لعِلْمِه أن الناسَ لا يأخذون بقوله.

قال: **(ولا بُدَّ فيها مِنَ التَّأقِيت)** لأنها تنعقدُ إجارةً ابتداءً، وتَتِمُّ شركةً انتهاءً، لأنها تَرِدُ على منفعةِ الأرض أو العاملِ، فلا بدَّ من تعيين المدّةِ كالإجارة.

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٤٧)، وهو في «المسند» (١٥٨٠٣). وانظره فيه.
وانظر حديث ابن عمر نفسه وفيما أخبر عن رافع بن خديج عند البخاري (٢٣٤٣) و(٢٣٤٤)، وهو في «المسند» (١٧٢٥٦).

(٢) سلف في الصفحة ١٥.

ومِن صَلاحِيةِ الأرضِ لِلزّرَاعةِ، ومِن معرفةِ قَدْرِ البَذْرِ، ومعرِفةِ جِنسِه، ونصِيبِ الآخَرِ، والتَّخلِيةِ بين الأرضِ والعاملِ، وأن يكُونَ الخارِجُ مُشترَكاً بينَهما، حتى لو شَرَطا لأحدِهما قُفْزاناً معلُومةً، أو ما على السَّوَاقِي، أو أن يأخُذَ رَبُّ البَذْرِ بَذْرَه، أو الخَرَاجَ فَسَدَتْ، وإن شَرَطَ رَفْعَ العُشْرِ جاز،

قال: (**ومِن صَلاحِيةِ الأرضِ لِلزّرَاعةِ**) ليحصُلَ المقصودُ، إذ هي المَحَلُّ.

قال: (**ومِن معرفةِ قَدْرِ**[1] **البَذْرِ**) قطعاً للمُنازَعة.

(**ومعرِفةِ جِنسِه**) لأنه الأُجرةُ.

(**ونصِيبِ الآخَرِ**) لأنه يستحقُّه عِوَضاً بالشرط، ولا بدَّ أن يكون العِوَضُ معلوماً.

قال: (**والتَّخلِيةِ بين الأرضِ والعاملِ**) لما مرَّ في المضارَبة.

(**وأن يكُونَ الخارِجُ مُشترَكاً بينَهما**) لما مرَّ في المضارَبة، فكلُّ شرطٍ يؤدِّي إلى قطع الشَّرِكة يُفسِدُها. (**حتى لو شَرَطا لأحدِهما قُفْزاناً معلُومةً، أو ما على السَّوَاقِي، أو أن يأخُذَ رَبُّ البَذْرِ بَذْرَه، أو الخَرَاجَ فَسَدَتْ**) لأنه يؤدِّي إلى قَطع الشَّرِكة، وقد مرَّ في المضارَبة.

قال: (**وإن شَرَطَ رَفْعَ العُشْرِ جاز**) لأنه لا يؤدِّي إلى قَطْع الشَّرِكة، لأنه لا بدَّ أن يبقَى بعدَه تسعةُ أعشارٍ، فتبقى الشركةُ فيه، بخلافِ الخَرَاجِ والبَذْرِ، لأنه قد لا يُخرجُ إلا ذٰلك القَدْر أو أقلَّ منه، فيؤدِّي إلى قَطْع الشَّرِكة فيبْطُلُ.

---

(١) في (م): «رب»، والمثبت من (س).

وإذا كانَتِ الأرضُ والبَذْرُ لِواحِدٍ، والعمَلُ والبقَرُ لآخَرَ، أو كانت الأرضُ لواحِدٍ والباقِي لآخرَ، أو كانَ العَملُ من واحِدٍ والباقِي لآخَرَ، فهي صحيحةٌ.

وإذا صَحَّتِ المُزارعةُ فالخارِجُ على الشَّرطِ، . . . .

قال: (**وإذا كانَتِ الأرضُ والبَذْرُ لِواحِدٍ، والعمَلُ والبقَرُ لآخَرَ، أو كانت الأرضُ لواحِدٍ والباقِي لآخرَ، أو كانَ العَملُ من واحِدٍ والباقِي لآخَرَ، فهي صحيحةٌ**) لأنه استئجارٌ للأرض أو للعامِل.

أما الأوَّلُ: فلأنه استئجارٌ للعامِلِ، والبقرُ آلةُ العمل، فكانت تابعةً له لا يقابلها أجرةٌ، كإبرة الخيَّاط.

وأما الثاني: فهو استئجارُ الأرضِ ببعضٍ معلومٍ، فصار كالدَّراهِم المعلومةِ.

وأما الثالث: فهو استئجارٌ للعامل ليعملَ بآلةِ المستعمِلِ، كما إذا شَرَطَ على الخيَّاط أن يَخيط بإبرةِ صاحبِ الثوب.

(**وإذا صَحَّتِ المُزارعةُ فالخارِجُ على الشَّرطِ**) عَمَلاً بالتزامهما، قال عليه السلام: «المُؤمنونَ عند شُروطِهِم»[1].

---

(١) علقه البخاري بصيغة الجزم في كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة، قبل الحديث (٢٢٧٤)، وأخرجه من حديث أبي هريرة أبو داود (٣٥٩٤)، وابن الجارود (١٠٠١)، والدارقطني (٢٨٩٠)، والحاكم ٢/ ٤٩، والبيهقي في «السنن» ٦/ ٧٩ من طرق عن كثير بن زيد، عن الوليد بن رباح، عن أبي هريرة. وكثير بن زيد أسلمي لينه ابن معين، وأبو زرعة، والنسائي، وقال أحمد: ما أرى به بأساً، فحديثه حسن في الجملة، وقد اعتضد بمجيئه من طريق أخرى. =

فإن لَم يَخرُج شيءٌ فلا شيءَ للعامِلِ، وما عدا هٰذه الوُجُوه فاسِدٌ، . . . . . .

(**فإن لَم يَخرُج شيءٌ فلا شيءَ للعامِلِ**) لأنها شركةٌ في الخارج، ولا خارجَ، وصار كالمضارِب إذا لم يَرْبَحْ، وإن كانت إجارةً فقد عيَّن الأجرةَ، فلا يستحقُّ غيرَها، بخلاف الفاسدةِ، لأن أجرَ المِثْل يتعلقُ بالذِّمَّة، فلا يفوتُ بفَوَات الخارج.

قال: (**وما عدا هٰذه الوُجُوه فاسِدٌ**) وهي ثلاثة أيضاً: وهي أن يكون البقرُ والآلاتُ من ربِّ الأرضِ، والبَذْرُ من العامل، أو يكون البَذْرُ من

= وأخرجه ابن أبي شيبة كما عند الحافظ ابن حجر في «تغليق التعليق» ٣/ ٢٨٢: حدثنا يحيى بن أبي زائدة، عن عبد الملك هو ابن أبي سليمان، عن عطاء، قال: بلغنا أن رسول الله ﷺ قال: «المؤمنون عند شروطهم» وهٰذا مرسل، قوي الإسناد.

وأخرجه من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده مرفوعاً الترمذي (١٣٥٢)، والحاكم ٤/ ١٠١، والدارقطني (٢٨٩٢)، وإسناده ضعيف جداً، كثير بن عبد الله ضعيف بمرة، وأبوه مجهول، لٰكن يعضده ما قبله وما بعده.

وأخرجه من حديث رافع الطبراني في «الكبير» (٤٤٠٤)، قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» ٤/ ٢٠٥: وفيه حكيم بن جبير وهو متروك، وقال أبو زرعة: محله الصدق إن شاء الله.

وأخرجه بإسناد ضعيف أيضاً عن عائشة الحاكم ٢/ ٤٩-٥٠، والدارقطني (٢٨٩٣).

وأخرجه بإسناد ضعيف من حديث أنس الحاكم ٢/ ٥٠.

وبمجموع هٰذه الطرق يتقوى الحديث إن شاء الله.

. . . .

أحدِهما والباقي من الآخر، أو تكون الأرضُ من واحدٍ والبقرُ من آخرَ، والبَذْرُ من آخرَ، والعمَلُ من آخرَ.

أما الأوّل فالمذكور رواية «الأصل». ويُروى عن أبي يوسف جوازُه، لأنه استئجارُ الأرض ببعض الخارج، فيجوزُ، ويُجعل البقرُ تبعاً للأرض، كما تُجعل تبعاً للعامل. وجه الظاهر: أن منفعةَ البقر من جنسِ منفعةِ العامل، لأن الكلَّ عملٌ، فأمكن جَعْلها تبعاً للعامل، وليست من جنس منفعةِ الأرض، لأن منفعةَ الأرض قوّةٌ في طبعها بخَلْقِ الله تعالى، يحصلُ بها النماءُ، فلا يمكن جعلُها تبعاً.

وأما الثاني فلأنه شركةٌ بين البَذْرِ والعملِ، ولم يَرِدْ به الشرعُ.

وأما الثالث فلما روي أن أربعةً اشتركوا على عهد رسولِ الله عليه السلام: مِن قِبَل أحدِهم الأرضُ، ومن قِبَل الآخر البَذْرُ، ومن قِبَل الآخرِ البَقَرُ، ومن قِبَل الآخرِ العملُ، فأبطلها ﷺ. قال أبو جعفرٍ الطحاوي في «شرح الآثار»: فزَرَعوا ثم حَصَدوا ثم أَتَوا النبيَّ ﷺ، فجعل الزرعَ لصاحبِ البَذْر، وجعلَ لصاحبِ العملِ أجراً معلوماً، وجعل لصاحبِ الفَدَّان كلَّ يومٍ درهماً، وألغى الأرضَ في ذلك[1][2].

ووجه آخرُ فاسدٌ أيضاً، وهو أن يكون البَذْرُ والبقرُ من جانبٍ، والعملُ والأرضُ من جانب، لما مرَّ في الوجه الثاني.

---

(١) من قوله: قال أبو جعفر إلى هنا سقط من (س)، وأثبتناه من (م).

(٢) هو عند الطحاوي في «شرح المعاني» ٤/ ١١٩.

وإذا فَسَدَت فالخَارجُ لصاحبِ البَذْرِ، وللآخَرِ أجرُ عَملِه أو أجرُ أرضِه، لا يُزَادُ على قَدْرِ المُسَمَّى (م)، . . . .

قال: (**وإذا فَسَدَت فالخَارجُ لصاحبِ البَذْرِ**) لأنه نماءُ ملكِه، والآخرُ إنما يستحقُّه بالتسميةِ، وقد فَسَدَت. (**وللآخَرِ أجرُ عَملِه**) إن كان البَذْر من ربِّ الأرض (**أو أجرُ أرضِه**) إن كان البَذْر من قِبَل العامل (**لا يُزَادُ على قَدْرِ المُسَمَّى**) لأنه رضي بقَدْر المسمَّى.

وقال محمد: تجب بالغةً ما بَلَغَ، وقد سَبَقَ في الإجارة. وإذا كان البَذْرُ لرَبِّ الأرض في المزارَعةِ الفاسدةِ طابَ له جميعُه، لأنه نماءُ بَذْرِه في أرضِه، وإن كان من العامل طابَ له قَدْرُ بذرِه وقَدْرُ أجرِ الأرض، وتصدَّقَ بالفضل، لأنه حَصَلَ من بذرِه، لكن في أرضٍ مملوكةٍ للغير بعقدٍ فاسدٍ فأوجَبَ خبثاً، فما كان عِوَضَ مالهِ طابَ له وتصدَّق بالفضل، وإن شرَطا عملَهما جميعاً فهي فاسدةٌ، لأن البذرَ إن كان من صاحبِ الأرض وقد شَرَطَ عملَه لم توجد التخليةُ بين الأرض والعامِل، وقد بينا أنها شرطٌ، وإن كان من العامِل فالعاملُ قد استأجَرَ الأرضَ، فإذا شَرَطَ عَمَلَ صاحبها لم يسلم له ما استأجرَ فيبطلُ، ولو شرطا الخارجَ كلَّه لأحدِهما والبذرُ من صاحب الأرض جازَ، فإن شرطاه له يكون مستعيناً بالعامِل ليزرَعَ أرضَه، وإن شرطاه للعامِل يكون إعارة للأرضِ وإقراضاً للبَذْر منه، وإن كان البذرُ من العامل فإن شرطاه لربِّ الأرض فسَدَت، والخارجُ لربِّ البذر، وعليه مثلُ أجر الأرضِ، لأنه يصيرُ مستأجِراً الأرضَ بجميع الخارجِ، وأنه يقطعُ الشركةَ، وإن شرطاه للعامِل جاز، ويكون مُعيراً أرضَه منه.

ولو شَرَطا التِّبْنَ لِرَبِّ البَذْرِ صَحَّ، وإن شَرَطاهُ للآخَرِ لا يَصِحُّ، وإن عَقَداها فامتَنَعَ صاحبُ البَذْرِ لم يُجْبَر، ....

قال: (**ولو شَرَطا التِّبْنَ لِرَبِّ البَذْرِ صَحَّ**) معناه: بعدَ شرط الحبِّ بينهما، لأنه حكمُ العقد، لأن التِّبْن من البذر.

(**وإن شَرَطاهُ للآخَرِ لا يَصِحُّ**) لأنه ربما لا يخرجُ إلا التِّبنُ، وهو إنما يستحقُّه بالشرط، ولو شَرَطا الحبَّ نصفين ولم يتعرَّضا للتِّبن صحَّت الشركةُ في المقصود، والتبنُ لربِّ البذر، لأنه نماءُ بَذْرِه، وقيل: بينهما، تبعاً للحبّ، ولو شرطا التِّبن لأحدِهما والحبَّ للآخر فهي فاسدةٌ، لأنه ربما يصيبُه آفةٌ فلا ينعقدُ الحبُّ.

قال: (**وإن عَقَداها فامتَنَعَ صاحبُ البَذْرِ لم يُجْبَر**) ولا شيءَ عليه من عَمَل الكِرَاب[1] في القضاء، ويلزمُه ديانةً أن يُرضيَه لأنه غرَّه، والأصلُ فيه أن المزرعةَ غيرُ لازمةٍ في حقِّ صاحبِ البَذْر، لأنه لا يمكنُه الوفاءُ بالعقد إلا بإتلاف مالِه وهو البَذْر، وهي لازمةٌ في حقِّ الآخَر، لأن منفعةَ العامل أو منفعةَ الأرض صارت مستحقةً للآخر، فيجبُ عليه تسلمُيها، والمعاملةُ لازمةٌ من الجانبين، لأن صاحبَ النخيل مستأجرٌ وإن كان لا يُجبر على إيفاءِ المنفعةِ إلا أنه لا ضرَرَ له في ذٰلك بإتلاف مالِهِ، وفيه منفعةٌ للعامل، لأن بمُضيِّ المدةِ تثمرُ الأشجارُ لا محالةَ، فيحصلُ له الأجرُ، ومنفعةُ العامل مملوكةٌ لصاحب النخيل، فيُجبَر على إيفائها.

---

(١) «الكراب» قال في «لسان العرب»: من كَرَبَ الأرض يَكرُبُها كَرْباً وكِراباً: قلبها للحرث وأثارها للزرع.

وإن امتنَعَ الآخَرُ أُجبِرَ إلاَّ أن يَكُونَ عُذْرٌ تُفسَخُ به الإجارةُ فتُفسَخُ به المُزارَعةُ، وليس للعامِلِ أن يُطالبَه بأُجرَةِ الكِرَابِ وحَفْرِ الأنهارِ، وأجرَةُ الحَصَادِ والرّفاعِ والدّياسِ والتَّذْرِيةِ عليهما بالحِصَصِ، ولو شَرَطا ذلك على العامِلِ لا يجُوزُ،

قال: (**وإن امتنَعَ الآخَرُ أُجبِرَ**) لأن العقدَ لازمٌ كالإجارة، ولا ضررَ عليه في الوفاء به (**إلاَّ أن يَكُونَ عُذْرٌ تُفسَخُ به الإجارةُ فتُفسَخُ به المُزارَعةُ**) لأنها في معنى الإجارة، وإذا لزِمَ ربَّ الأرض دينٌ واحتاج إلى بيعها فيه، باعها الحاكمُ كما في الإجارةِ.

(**وليس للعامِلِ أن يُطالبَه بأُجرَةِ الكِرَابِ وحَفْرِ الأنهارِ**) لأن المنافع إنما تتقوَّم بالعَقد، وإنما قُوِّمت بالخارج وقد انعدم، ولو نَبَتَ الزرعُ ولم يُحصَد لا تُباع الأرضُ حتى يُستحصَدَ، لما فيه من إبطال حقِّ المُزارِع، وتأخيرُ حقِّ ربِّ الدَّين أهونُ، ولا يحبسُه القاضي لأنه ليس بظالمٍ، والحبسُ جزاء الظلم.

قال: (**وأجرَةُ الحَصَادِ والرّفاعِ**[1] **والدّياسِ والتَّذْرِيةِ عليهما بالحِصَصِ**) لأن العقدَ انتهى بانتهاء الزرع لحصولِ المقصود، فبقي مالاً مشتركاً بينهما بغير عقدٍ، فتكون مؤُونتُه عليهما، فإن أنفق أحدهُما عليه بغير إذن الآخرِ، ولا أمر القاضي فهو متبرّعٌ، إذ لا ولاية له عليه.

(**ولو شَرَطا ذلك على العامِلِ لا يجُوزُ**) وأصلهُ أنه متى شَرَط في المزارعة ما ليس من أعمالها فسَدَتْ، لأنه شرطٌ لا يقتضيه العقدُ، وفيه نفعٌ لأحدهما، فصار كاشتراط الحَمْل عليه.

---

(١) الرّفاع: رفع الزرع إلى البيدر.

(وعن أبي يُوسُفَ جوَازُه، وعليه الفتوى) للتعامُل، كالاستصناع. ولو شَرَطا ذلك على ربِّ الأرض لا يجوزُ بالإجماع لعدم التعارف، وإن شَرَطا ما هو من أعمال المزارعة لا يفسِدُها، وهو كلُّ عملٍ ينبُتُ ويزيد في الخارج، وما لا ينبتُ ولا يزيد ليس من عملها، وكلُّ شرط ينتفعُ بـه ربُّ الأرض بعدَ انقضاء المدّة يفسِدُها، ككَرْي الأنهار، وطَرْحِ السِّرْقين[1] في الأرض، وبناءِ الحائط، وتثنيةِ الكِرَاب، وقيل: إن كانت المزارعةُ سنتين لا تفسُد في تثنية الكِراب، لأن منفعتَه لا تبقى، وقيل: إن كان في الخُضرةِ لا تفسُد أيضاً، فإن منفعتَه لا تبقى بعدها، فإنه لو كُرِبَ مراراً لا تبقى منفعةٌ بسقي واحدٍ، ولو بقيت فسَدَتْ.

واختلفوا في التثنية، قيل: هو أن يَكرُبَها مرتين، وهو المشهور، وفيه الكلام، وقيل: أن يَكرُبَها بعدَ الحصاد ويسلِّمَ الأرض مكروبةً، وهٰذا فاسدٌ بكلِّ حالٍ، فكلُّ عملٍ قبل الإدراك مما يحصُلُ به الخارجُ كالحِفظِ والسَّقْي على العامل، لأن رأسَ المال العملُ، وما بعدَ الإدراك قبلَ القِسمة عليهما على ما ذكرنا، كالحصاد وإخوته، وما بعدَ القِسمة كالحَمْل والطَّحْن عليهما بالإجماع. ولو أراد قَصْلَ[2] الزرعِ

---

(١) السِّرقين: بكسر السين وفتحها، وتخفيف الراء: الزبل. ويقال أيضاً: سرجين.

(٢) القَصْل: القطع، والقصيل: ما اقتطع من الزرع أخضَر.

وإذا ماتَ أحدُ المُتعاقدَين بَطَلَتْ. وإذا انقضَتِ المُدَّةُ ولم يُدْرِك الزَّرعُ فعلى المُزارِعِ أجرَةُ نَصِيبِه من الأرضِ حتَّى يُستَحصَدَ، ونَفَقَةُ الزَّرعِ عليهما حتَّى يُستَحصَدَ.

قصيلاً، أو جَدادَ الثمرة بُسْراً، أو التقاطَ الرُّطَبِ، فهو عليهما، لأنهما أنهيا العقدَ بعَزْمهما، فصار كما بعدَ الإدراك.

قال: (**وإذا ماتَ أحدُ المُتعاقدَين بَطَلَتْ**) لما مرّ في الإجارة، ولو مات ربُّ الأرض، والزرعُ لم يُستحصَدْ، تُرِك حتى يُحصَدَ مراعاةً للحقَّين، ويَنتقض فيما بقي إن كان العقدُ على أكثرَ من سنةٍ، لأن بقاءَه في السنةِ الأولى لما بينا من العُذْر، وقد زالَ، ولا ضررَ فيه على العامل لما تقدّم، ولو مات بعدَ ما كُرِبَ وحُفِرَ انتَقَضَتْ، ولا شيءَ للعامل في مقابلةِ عملِه، وقد مرّ.

قال: (**وإذا انقضَتِ المُدَّةُ ولم يُدرِك الزَّرعُ فعلى المُزارِعِ أجرَةُ نَصِيبِه من الأرضِ حتَّى يُستَحصَدَ**) لأن إبقاءَ الزرع بأجرِ المِثل نظراً للجانبين.

قال: (**ونَفَقَةُ الزَّرعِ عليهما حتَّى يُستَحصَدَ**) لانتهاء العقدِ، فصار عملاً في مالٍ مشتركٍ، فيكون عليهما. ولو مات ربُّ الأرض والزرعُ بَقْلٌ، فالعملُ على العامِلِ لبقاء العقدِ ببقاء مدّتِه.

فصل

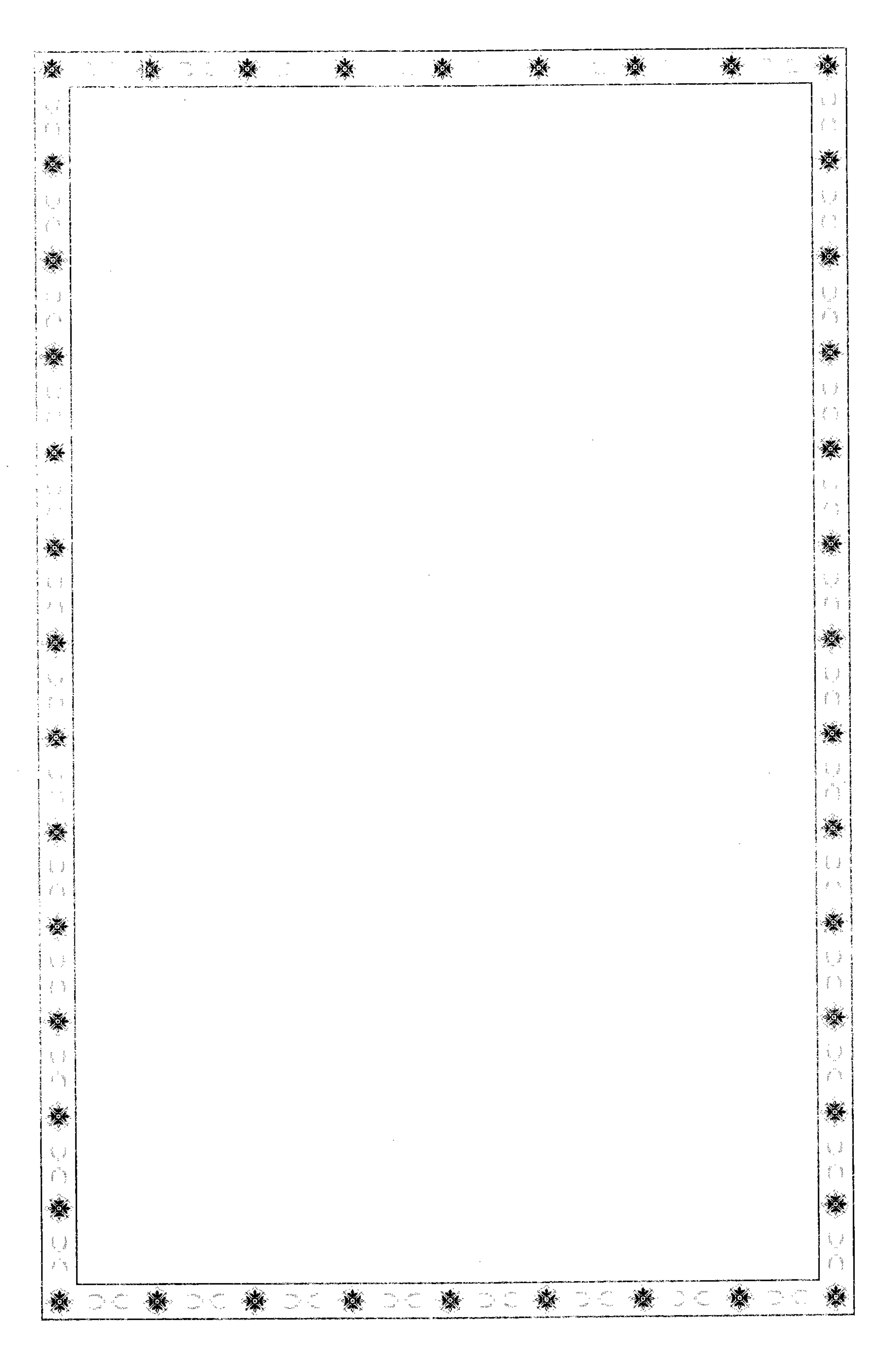
ومن سَقى أرضَه فسال من مائِه إلى أرض غيرِه فغرَّقها، أو نَزَّت إليها، فلا ضمانَ عليه. معناه: إذا سقاه سقياً معتاداً، أما إذا كان غيرَ

. . . .

معتادٍ ضَمِن لأنه متعدٍّ، لأنه تسبَّب لتغريق أرضِ الغير غالباً، ولو كان في أرضِه جُحرُ فأرةٍ فخرج منه الماءُ إلى أرض جارِه فغرقَتْ إن لم يعلم به لم يضمن لعدم التعدِّي، وإن عَلِم ضَمِن للتعدِّي، وعلى هٰذا إذا فتح رأس نهرِه فسال إلى أرضِ جارِه فغرقت إن كان معتاداً لا يضمنُ وإلا ضَمِنَ، وكذا لو أحرَقَ الكلأ والحصائدَ في أرضِه فذهبت[1] النارُ فأحرقت شيئاً لغيرِه إن كان إيقاداً معتاداً لا يضمنُ وإلا ضَمِنَ، وقيل: إن كان يومَ ريحٍ وعلم أن النارَ تتعدَّى ضَمِنَ.

❑ ❑ ❑

(١) في (س): فذهب، والمثبت من (م).



كتاب المُساقاة

وهي كالمزُارعَة في الخلاِف والحكْمِ وفي الشُّروطِ إلاَّ المُدَّة،

كتاب المُساقاة

وتُسمى معاملةً، مفاعلةً من السقي والعمل، وهي: أن يقومَ بما يحتاجُ إليه الشجرُ من تلقيحٍ، وعَسْفٍ، وتنظيفِ السواقي، وسَقْيٍ، وحراسةٍ، وغير ذٰلك.

(**وهي كالمزُارعَة في الخلاِف والحُكْمِ**) وقد مرّ. قال: (**وفي الشُّروطِ إلاَّ المُدَّة**) والقياسُ أن تُذكر المدّةُ لما فيها من معنى الإجارة، وفي الاستحسان: يجوزُ وإن لم يُبيِّنها، وتقع على أوّلِ ثمرةٍ تخرجُ، لأن وقتَ إدراكِ الثمرةِ معلومٌ، والتفاوتُ فيه قليلٌ، ويدخلُ فيه المتيقّنُ، بخلاف الزَّرع، فإنه يختلفُ كثيراً ابتداءً وانتهاءً، ربيعاً وخريفاً وغير ذٰلك، وفي الرُّطَبةِ إدراكُ بَذْرِها، لأن له نهايةً معلومةً، معناه: إذا دفعها بعدَ ما تناهى نباتُها ولم تُخرِجِ البَذْرَ فيقومُ عليها ليُخرِجَ البَذْرَ، أما إذا دفعها وقد نبت، أو دفع البَذْرَ ليَبْذُرَه فهي فاسدة. إن كان وقتُ جزِّها معلوماً جاز، ويقعُ على الجزَّة الأولى كالثمرةِ في الشجر، ولو دَفَعَ غَرْسَ شجرٍ أو كَرْمٍ قد عَلِقَ ولم يبلغ الثمرَ، على أن يقوم عليه، والخارجُ نصفان، فهي فاسدةٌ لجهالة المدة، فإنه يختلف

وإن سَمَّيا مُدَّةً لا تَخْرُجِ الثَّمَرةُ في مِثْلِها فهي فاسِدَةٌ، وإن دَفَعَ نَخلاً أو أُصُولَ رَطْبةٍ لِيقُومَ عليها، وأطْلَقَ، لا يجُوزُ في الرَّطْبةِ إلاَّ بمُدَّةٍ مُعلُومةٍ، وتجُوزُ المُساقاةُ في الشَّجَرِ والكَرْمِ والرِّطابِ وأصولِ الباذِنْجانِ إذا كانت تَزيدُ بالسَّقْيِ والعمل . . . .

بقوّةِ الأرضِ وضعفها، فلا يُدرَى متى تحملُ، فإن سمَّيا مدةً يُعلَم أنها تثمرُ فيه جاز.

قال: (**وإن سَمَّيا مُدَّةً لا تَخْرُجِ الثَّمَرةُ في مِثْلِها فهي فاسِدَةٌ**) لفوات المقصود: وهي الشركةُ في الخارج. وإن شَرَطا وقتاً قد تُدرِك الثمرةُ فيه وقد تتأخرُ عنه فهي موقوفةٌ، لأنا لا نتيقَّن بفَوَات المقصود، فإن أَدركت فيه تبيَّن أنها كانت جائزةً، وإن لم تُدرِكْ ففاسدةٌ، وله أجرُ مثله لفساد العقد، لذلك إن أَخرَجَت في تلك السنة ما لا يَرغبُ فيه، وإن أحال في تلك السنة فلم تُخرج شيئاً فهي جائزةٌ، لأنه متى كان خروجُ الثمرةِ موهوماً انعقدت موقوفةً، فلا تنقلب فاسدةً.

قال: (**وإن دَفَعَ نَخلاً أو أُصُولَ رَطْبةٍ لِيقُومَ عليها، وأطْلَقَ، لا يجُوزُ في الرَّطْبةِ إلاَّ بمُدَّةٍ مُعلُومةٍ**) لأنه ليس لها نهايةٌ معلومةٌ، لأنها تنمو ما تُركت في الأرض فجُهِلت المدة، ومعناه: إذا لم يُعلَم وقتُ جِزازها على ما تقدّم.

قال: (**وتجُوزُ المُساقاةُ في الشَّجَرِ والكَرْمِ والرِّطابِ وأصولِ الباذِنْجانِ**) لأن لعَمَلِه تأثيراً في نمائِه وجَودتِه، لعموم الحاجة في الكُلّ، وأهلُ خيبر كانوا يعملون في الأشجار والرِّطاب. وإنما يجوز ذلك (**إذا كانت تَزيدُ بالسَّقْيِ والعَمَلِ**) كالطَّلْع والبَلَح والبُسْر ونحو

وتَبْطُلُ بالموتِ.

ذٰلك، حتى يكونَ لعملِه أثرٌ يستحقُّ به شيئاً من الخارج، حتى لو دَفَعها وقد انتهت الثمرةُ في العِظَمِ، ولا تزيدُ بعملِه لا يجوز، لأنه لا أثرَ لعملِه، وهو إنما يستحقُّ به، ومتى فسدت المساقاةُ فله أجرُ مثلِه، وقد بيناه، وعلى هٰذا الزرعُ إن دَفَعه وهو بقلٌ جاز، وإن كان قد استَحصَدَ لا يجوز.

قال: (وتَبْطُلُ بالموتِ) لأنها في معنى الإجارةِ وقد مرَّ، فإن مات ربُّ الأرض والخارجُ بُسْرٌ فللعامل أن يقوم عليه حتى تُدرِكَ الثمرةُ، وإن أبى الورثةُ ذٰلك دفعاً للضرر عنه، ولا ضَرَرَ عليهم في ذٰلك. ولو أراد العاملُ قَطْعَه وإدخال الضررِ على نفسه فالورثةُ بالخيار، إما أن يَقسِموا البُسْر على الشرط، أو يُعطوه قيمةَ نصيبه بُسْراً، أو ينفقوا على البُسْر ويرجعوا به في حِصَّة العامل، لأنه ليس له إلحاقُ الضرر بهم، ودفعُه متعيِّن بما ذكرنا.

وإن مات العاملُ فلورثتِه أن يقوموا مقامَه، وإن كَرِه ربُّ الأرض لما ذكرنا، وفيه نظر للجانبين، وإن أرادوا قَطْعَه بُسْراً فلصاحب الأرض الخياراتُ الثلاث على ما بينا.

وإن ماتا فورثةُ كلٍّ واحدٍ كالمُورَث. ونظيره في المُزارعة، إذا مات المزارعُ وقد نَبَتَ الزرعُ فلورثتِه أن يقوموا مقامَه، وإن أبى ربُّ الأرض لما بينا، وإن أرادوا قَلْعَه فللمالك الخياراتُ الثلاث على ما بينا، وإذا انقضت مدّةُ المُساقاة فهو كالموت، وللعامل أن يقومَ عليها

. . . .

حتى تُدرِكَ ولا أجر عليه، بخلاف المُزارَعة، لأن الأرض يجوزُ استئجارُها ولا يجوز استئجارُ الشجر، والعملُ كلُّه على العامل، بخلاف المزارَعة حيث تكون عليهما، لأنه لا أجرَ عليه هنا، فيكون العملُ عليه حتى يَنتهي.

أما في المزارعةِ لمَّا وَجَبَ عليه مثلُ نصفِ أجرِ الأرض لا يستحقُّ عليه العمل، وتُفسَخ بالأعذار، كما في الإجارة. ومما يختصُّ بها من الأعذار: كونُ العامل سارقاً يسرقُ السَّعْفَ والخَشَبَ والثمرةَ قبل الإدراك، لأنه يلزمُ المالكَ ضررٌ لم يلتزمه، ومنها: مرضُ العامِلِ إذا أعجزَه عن العمل، لأنه يلزمُه الاستئجار بزيادةِ أجرٍ، وأنه ضررٌ لم يلتزمه. وليس للمالك الفسخُ بغير عذر لما بينا في المزارَعة أن المساقاة تلزمُ من الجانبين، والله أعلم[1].



(١) هٰذا آخر المجلد الأول من نسخة (س) وقد جاء في آخره: آخر المجلد الأول مِن الاختيار بشرح المختار، ويتلوه في الثاني إن شاء الله تعالى كتاب النكاح والحمد لله رب العالمين وحده، وصلاته على سيدنا محمد وآله أجمعين الطيبين الطاهرين.

كتاب النكاح

. . . .

كتاب النكاح

وهو في اللغة: الضمُّ والجمعُ، ومن أمثالهم: أَنْكَحْنا الفَرَا[1] فسَنَرى، أي: جمعنا بين حمارِ الوحش والأتانِ لننظر ما يتولدُ منهما، يُضربُ مثلاً لقوم يجتمعون على أمرٍ لا يدرون ما يصدرون عنه[2]. وحكى المبرّد عن البصريين، وغلامُ ثعلب عن الكوفيين: أن النكاح عبارة عن الجَمْعِ والضَّمّ.

وفي الشرع: عبارة عن ضَمٍّ وجمعٍ مخصوصٍ وهو الوَطْءُ، لأن الزوجين حالةَ الوطء يجتمعان وينضمُّ كلٌّ واحد إلى صاحبه، حتى يصيران كالشخصِ الواحد. وقد يُستعمل في العقد مجازاً لِمَا أنه يَؤُول إلى الضمّ، وإنما هو حقيقةٌ في الوطءِ، فمتى أُطلق النكاح في الشرع

---

(١) الفَرا: هو حمار الوحش.

(٢) وقال في «لسان العرب» (فرأ): معناه: قد طلبنا عاليَ الأمور فسنرى أعمالَنا بعدُ، قال ذلك ثعلب، وقال الأصمعي: يُضرب مثلاً للرجل إذا غُرِّرَ بأمرٍ فلم ير ما يحبُّ، أي: صنعنا الحَزْمَ فآل بنا إلى عاقبة سوء. وقيل: معناه: أنا قد نظرنا في الأمر، فسننظر عما ينكشف.

يرادُ به الوطء، كقوله عليه السلام: «وُلدتُ مِن نِكاحٍ»[1]، أي: من

---

(١) أخرجه من حديث ابن عباس الطبراني في «الكبير» (١٠٨١٢)، والبيهقي في «السنن» ٧/ ١٩٠ من طريق هشيم، عن المديني، عن أبي الحَويرث، عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «ما ولدني من سفاح أهل الجاهلية شيء، وما ولدني إلا نكاح كنكاح الإسلام». قال الهيثمي ٨/ ٢١٤: ولم أعرف المديني ولا شيخه وبقية رجاله وثقوا. قلنا: شيخه أبو الحويرث من رجال «التقريب» واسمه عبد الرحمٰن بن معاوية. وقال الحافظ في «التلخيص» ٣/ ١٧٦: وسنده ضعيف.

وأخرجه محمد بن يحيى بن أبي عمر في «مسنده» كما في «إتحاف الخيرة» (٨٤٨٥) للبوصيري: حدثنا عمر بن خالد، حدثني الحلبي محمد بن عبد الله، عن عبد الله بن الفرات، عن عثمان بن الضحاك، عن ابن عباس ضمن حديث وفيه: «ولم يزل ينقلني من أصلاب الكرام إلى الأرحام الطاهرة حتى أخرجني من بين أبوي لم يلتقيا على سفاح قط». وإسناده ضعيف.

وأخرجه ابن أبي عمر في «مسنده» كما في «إتحاف الخيرة» (٨٤٨٦)، والطبراني في «الأوسط» (٤٧٢٥) من طريق محمد بن جعفر بن محمد بن علي ابن الحسين قال: أشهد على أبي لحدثني عن أبيه، عن جده، عن علي: أن النبي ﷺ قال: «خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح من لدن آدم إلى أن ولدني أبي وأمي» وزاد ابن أبي عمر: «لم يصبني من سفاح الجاهلية شيء». قال الهيثمي في «المجمع» ٨/ ٢١٤: وفيه محمد بن جعفر بن محمد بن علي صحَّح له الحاكم في «المستدرك» وقد تُكُلِّم فيه، وبقية رجاله ثقات. قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» ٣/ ١٧٦: وفي إسناده نظر. وقال ابن قطلوبغا ص٢٧٤: ومحمد بن جعفر متكلم فيه. =

وطءٍ حلالٍ، وقولِه: «يَحلُّ للرجلِ من امرأتِه الحائضِ كُلُّ شيءٍ إلا النِّكاحَ»[1]. وقد وَرَدَ في أشعار العرب بمعنى الوطءِ أيضاً، قال الأعشى:

ومنكـوحـةٍ غَيْـرِ مَمْهُـورَةٍ وأُخـرى يُقـال لـه: فـادِهَـا[2]

يعني مَسبيَّةً موطوءةً بغير عقدٍ ولا مهرٍ. وقال آخر:

ومن أيِّمٍ قد أنكحَتْها رِماحُنا وأخرى على عمٍّ وخالٍ تَلَهَّفُ

يعني وَطْءَ المسبيِّة بالرماح، إلى غيرها من الأشعار الكثيرةِ. وإنما يُفهم منه العقدُ بقرينةٍ، كقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٥]، لأن الوطء لا يتوقفُ على إذنِ الأهل، وكذٰلك قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ الآية [النساء: ٣]، لأن العقدَ هو

= وأخرجه مرسلاً عبد الرزاق (١٣٢٧٣) عن ابن جريج، قال: أخبرني جعفر ابن محمد، عن أبيه: أن رسول الله ﷺ قال: أخرجت من نكاح، ولم أخرج من سفاح.

وأخرجه كذٰلك مرسلاً البيهقي ٧/ ١٩٠ من طريق سفيان، عن جعفر بن محمد، عن أبيه في قوله تعالى: ﴿لَقَدْ جَآءَكُمْ رَسُولٌ مِّنْ أَنفُسِكُمْ عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ حَرِيصٌ عَلَيْكُم﴾ [التوبة: ١٢٨]: قال: لم يصبه شيء من ولادة الجاهلية، قال: وقال النبي ﷺ: «خرجتُ من نكاح غير سفاح».

(١) حديث صحيح، وقد سلف تخريجه ١/ ١٠٣.

(٢) «ديوان الأعشى الكبير» ص١٢٥، وهو من المتقارب، من قصيدة يمدح بها سلامة ذا فائش الحميري.

. . . .

الذي يختصُّ بالعدد دون الوَطء، وكذا قوله عليه السلام: «لا نِكاحَ إلاَّ بشُهودٍ»[1]، لأن الشهود لا يكونون على الوَطء، ولأنهما حالةَ العقد

---

(١) رواه محمد بن الحسن في «الأصل» بلاغاً كما ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٧٤.

وأخرج ابن حبان في «صحيحه» (٤٠٧٥) من طريق حفص بن غياث، عن ابن جريج، عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة: أن رسول الله ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدَيْ عدل، وما كان من نكاح على غير ذٰلك فهو باطل، فإن تشاجروا، فالسلطان ولي من ولا ولي له».

وأخرجه الدارقطني (٣٥٣٣)، والبيهقي ٧/ ١٢٥ من طرق عن ابن جريج به. وقال ابن حبان بإثره: ولا يصح في ذكر الشاهدَيْن غير هٰذا الخبر.

وأخرج عبد الرزاق (١٠٤٧٣)، والطبراني في «الكبير» ١٨/ (٢٩٩)، والدارقطني (٣٥٣١)، والبيهقي ٧/ ١٢٥ من حديث الحسن، عن عمران بن حصين، عن ابن مسعود. وفي سنده عبد الله بن محرر وهو متروك.

لكن رواه الشافعي في «الأم» ٥/ ١٦٨ من وجه آخر عن الحسن مرسلاً. وقال: وهٰذا وإن كان منقطعاً دون النبي ﷺ فإن أكثر أهل العلم يقول به.

وأخرج الدارقطني في «سننه» (٣٥٣٦) على شرط الصحيح عن أبي هريرة قال: إن النبي ﷺ قال: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها». وكنا نقول: إن التي تزوج نفسها هي الفاجرة.

وأخرج الترمذي (١١٠٣) عن ابن عباس رفعه: «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة». والصحيح أنه من قول ابن عباس كما قال الترمذي في «سننه» (١١٠٤). وأخرجه كذٰلك عبد الرزاق (١٠٤٨١) و(١٠٤٨٢)، وابن أبي شيبة ٤/ ١٣٥ وهو في «سنن البيهقي» ٧/ ١٢٥-١٢٦، وقال بإثره: رفعه عبد الأعلى في التفسير، ووقفه في الطلاق. =

. . . .

مفترقان، وإنما يُطلق عليه النكاحُ لإفضائِه إلى الضَّمِّ، كقوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾ [يوسف: ٣٦].

وهو عقدٌ مشروع مستحبٌّ مندوبٌ إليه، ثبتت شرعيتُه بالكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾ [النور: ٣٢]، وقولُه: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣]، وبالسنة: قال عليه السلام: «تناكَحُوا تكثروا، فإنِّي أُباهِي بكمُ الأُممَ يومَ القيامةِ»[1]، وقال: «النِّكاحُ سُنَّتي،

= وأخرج الشافعي ٢/ ١٢ عن ابن عباس قال: لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد.

وانظر «مصنف عبد الرزاق» ٦/ ١٩٥-٢٠٢، و«سنن البيهقي» ٧/ ١٢٤-١٢٦.

(١) ذكره ابن قطلوبغا ص٢٧٤ وقال: روى أبو حنيفة، عن زياد بن علاقة، عن عبد الله بن الحارث، عن أبي موسى رفعه: «تناكحوا تناسلوا، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» أخرجه طلحة بن محمد في «مسنده». انتهى.

وأخرج أبو داود (٢٠٥٠)، والنسائي ٦/ ٦٥، وهو عند ابن حبان في «صحيحه» (٤٠٥٦) و(٤٠٥٧) من حديث معقل بن يسار عن النبي ﷺ قال: «تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم». وإسناده قوي.

وأخرجه من حديث عبد الله بن عمرو أحمد في «مسنده» (٦٥٩٨) بلفظ: «انكحوا أمهات الأولاد، فإني أباهي بهم يوم القيامة». وهو حديث صحيح لغيره، يشهد له ما قبله وما بعده.

وأخرجه من حديث أنس أحمد في «مسنده» (١٢٦١٣)، وابن حبان في «صحيحه» (٤٠٢٨). وهو حديث صحيح لغيره. أيضاً، ولفظه: كان رسول الله=

النِّكاحُ حالةَ الاعتِدَالِ سُنَّةٌ مُؤَكَّدةٌ مَرغُوبةٌ، وحالَةَ التَّوَقانِ واجِبٌ، وحالَةَ خَوفِ الجَورِ مكرُوهٌ.

فمَن رَغِبَ عن سُنَّتي فليس مِنِّي»[1]، والنصوصُ في ذٰلك كثيرةٌ، والآثارُ فيه غزيرةٌ، وعلى شرعيتِه إجماعُ الأمة.

قال: (**النِّكاحُ حالةَ الاعتِدَالِ سُنَّةٌ مُؤَكَّدةٌ مَرغُوبةٌ، وحالَةَ التَّوَقانِ واجِبٌ، وحالَةَ خَوفِ الجَورِ مكرُوهٌ**) أما الأوّل: فلما تقدَّم من النصوص، فبعضُها أمرٌ، وأنه يقتضي الترغيبَ والتأكيدَ على فعلِه، وكذٰلك الحديثُ الثاني ناطقٌ بكونه سُنة، ثم أكَّده حيث علَّق بتركِه أمراً محذوراً، وأنه من خصائصِ التأكيدِ، كما في سُنة الفجر، ولأنه ﷺ واظَبَ عليه مدةَ عمرِه، وأنه آيةُ التأكيد.

وأما الثاني: فلأن حالةَ التَّوَقان يُخافُ عليه أو يَغلِبُ على الظَّنِّ وقوعُه في محرَّمِ الزِّنَى، والنكاحُ يمنعُه عن ذٰلك، فكان واجباً، لأن الامتناع عن الحرام فرضٌ واجبٌ.

= ﷺ يأمر بالباءة، وينهى عن التبتل نهياً شديداً، ويقول: «تزوجوا الودود الولود، إني مكاثر الأنبياء يوم القيامة».

(١) أخرجه ابن ماجه (١٨٤٦) من طريق عيسى بن ميمون، عن القاسم، عن عائشة، قالت: قال رسول الله ﷺ: «النكاح من سنتي، فمن لم يعمل بسنتي فليس مني، وتزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم، ومن كان ذا طول فلينكح، ومن لم يجد فعليه بالصيام، فإن الصوم له وجاء» وإسناده ضعيف جداً، عيسى بن ميمون متروك.

وفي الباب حديثُ أنس بن مالك عند البخاري (٥٠٦٣)، ومسلم (١٤٠١)، وفيه: «وأتزوج النساء، فمن رَغِبَ عن سُنتي، فليسَ مني».

ورُكْنُه: الإيجابُ والقَبولُ. ويَنعَقِدُ بلَفظَينِ ماضِيينَ، أو بلَفظَينِ: أحدُهُما ماضٍ والآخَرُ مستَقبَلٌ، كقَولِه: زَوِّجْنِي، فيقُولُ: زَوَّجْتُكَ.

وأما الثالث: فلأن النكاحَ إنما شُرع لما فيه من تحصينِ النفسِ ومنعِها عن الزِّنَى على سبيلِ الاحتمال وتحصيلِ الثواب المحتمَلِ بالولد الذي يعبدُ الله تعالى ويوحِّدُه، والذي يَخافُ الجَوْر أو المَيل يأثمُ بالجَوْر والمَيل، ويرتكبُ المنهيَّات المحرَّمات، فينعدمُ في حقِّه المَصَالحُ لرُجحان هٰذه المفاسِدِ عليها، وقضيَّتُه الحرمةُ، إلا أن النصوصَ لا تَفْصِل؛ فقلنا بالكراهةِ في حقِّه عملاً بالشَّبَهَين بالقَدْر المُمكن.

(**ورُكْنُه: الإيجابُ والقَبولُ**) لأن العقد يوجَدُ بهما، وركنُ الشيء ما يوجَدُ به، كأركان البيت.

قال: (**ويَنعَقِدُ بلَفظَينِ ماضِيينَ**) كقوله: زوّجتُك، وقول الآخر: تزوّجتُ أو قَبلتُ، لأن هٰذا اللفظ يُستعمل للإنشاء شرعاً، للحاجةِ، ولا خلافَ فيه، (**أو بلَفظَينِ: أحدُهُما ماضٍ والآخَرُ مستَقبَلٌ، كقَولِه: زَوِّجْنِي، فيقُولُ: زَوَّجْتُكَ**) لأن قولَه: زوِّجْني توكيلٌ، والوكيلُ يتولى طَرَفي النِّكاح على ما نبينُه إن شاء الله تعالى. وروى المُعلَّى عن أبي يوسف عن أبي حنيفةَ: لو قال: جئتُك خاطباً ابنتَك، أو لتزوِّجَني ابنتَك، أو زوِّجْني ابنتَك، فقال الأبُ: قد زوّجتُك، فالنكاح لازمٌ، وليس للخاطِبِ أن لا يقبَلَ، ولا يُشْبه البيعَ، لأن مبناه على المُسامَحَةِ والمُساهَلَة، والبيعُ على المُماكَسَة والمُساوَمَة. ولو قال لها: أنا

ويَنعَقِدُ بلَفظِ النِّكاحِ والتَّزْوِيجِ والهِبةِ والصَّدَقةِ والتَّمليكِ والبَيعِ والشِّراءِ (ف)،

أتزوَّجُكِ، فقالت: قد فعلتُ، جازَ ولَزِمَ، لأن قوله: أتزوَّجُكِ، بمعنى تزوَّجتُكِ عُرفاً، بدِلالةِ الحال، كما في كلمة الشهادة، ولو قال: أتُزَوِّجُني؟ فقال الآخر: زوَّجتُك، لا ينعقدُ النكاحُ، لأنه استخبارٌ واستيعادٌ، لا أمرٌ وتوكيلٌ، ولو أرادَ به التحقيقَ دون الاستخبارِ والسَّوم ينعقدُ به.

قال: (ويَنعَقِدُ بلَفظِ النِّكاحِ والتَّزْوِيجِ) لأنهما صريحٌ فيه.

قال: (والهِبةِ والصَّدَقةِ والتَّمليكِ والبَيعِ والشِّراءِ) لأن هٰذه الألفاظ تُفيد الملكَ، وأنه سببٌ لملكِ المُتعةِ بواسطةِ ملك الرَّقبةِ، كما في ملكِ اليمين، والسببيَّةُ من طُرُق المَجاز.

وأما لفظُ الإجارة فروى ابنُ رُسْتُمٍ عن محمدٍ: أنه لا ينعقدُ بها، وهو اختيارُ أبي بكرٍ الرازي، لأن الإجارةَ لا تفيدُ ملكَ المُتعةِ، ولأنها تُنبئُ عن التأقيتِ، ولا تأقيتَ في النكاح. وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ: أنه يجوزُ، وهو اختيارُ الكَرْخي، قال: لأن الله تعالى سمَّى المهرَ أجراً، فينعقدُ بلفظ الإجارةِ كالإجارةِ.

وعن محمد: لو قال: أوصيتُ لكَ بابنتي للحالِ، ينعقدُ، وإن أوصى بها مطلَقاً لا ينعقدُ، لأنها تُوجب الملكَ معلَّقاً بشرط الموت، والأصلُ فيه ما قاله أصحابُنا رحمهم الله تعالى: كلُّ لفظ يصحُّ لتمليك الأعيان مطلقاً ينعقدُ به النكاح. وروى ابنُ رُستُمٍ عن محمد أنه قال: كلُّ لفظ يكون في الأمة تمليكاً للرِّقِّ فهو نكاحٌ في الحُرَّة.

ولا يَنعَقِدُ نِكاحُ المُسلِمينَ إلا بحُضُورِ رجُلَينِ أو رَجُلٍ وامرأَتين. ولا بُدَّ في الشُّهُودِ من صِفَةِ الحُرِّيَّةِ والإسلامِ، ولا تُشتَرَطُ العَدَالَةُ (ف).

قال: (**ولا يَنعَقِدُ نِكاحُ المُسلِمينَ إلا بحُضُورِ رجُلَينِ، أو رَجُلٍ وامرأَتين. ولا بُدَّ في الشُّهُودِ من صِفَةِ الحُرِّيَّةِ والإسلام، ولا تُشتَرَطُ العَدَالَةُ**) فالشهودُ شرطٌ، لقوله عليه السلام: «لا نِكاحَ إلاّ بِشُهودٍ»[1]، وروى ابنُ عباس عن النبيِّ عليه السلام أنه قال: «الزَّانيةُ: التي تُنْكِحُ نفسَها بغيرِ بَيِّنَةٍ»[2].

وأما صفةُ الشهود، قال أصحابنا: كلُّ من ملك القَبول بنفسِه انعقدَ العقدُ بحضُوره، ومَن لا فلا، وهٰذا صحيحٌ لأن كلَّ واحد من الشهادة والقَبول شرطٌ لصحة العقد، فجاز اعتبارُ أحدِهما بالآخر، ولا بدَّ فيه من اعتبار الحرِّيَّة والعقلِ والبُلوغِ في الشاهد، لأن العبدَ والصبيَّ والمجنونَ ليسوا من أهل الشهادةِ لما مرّ في الشهادات، ولا يملكون القَبول بأنفسِهم؛ ولا بدَّ من اعتبار الإسلام في نكاحِ المسلمين لعدم ولايةِ الكافرِ على المسلم.

ويجوز بشهادةِ رجلٍ وامرأتين اعتباراً بالشهادة على المالِ على ما بيناه في الشهادات، وينعقدُ بحُضور الفاسِقَينِ، لأن النصَّ لا يَفصِل، ولأنه يملكُ القَبول بنفسِه كالعَدْل، ولأنه غيرُ مسلوبِ الولاية عن

---

(١) سلف تخريجه ص٣٦.

(٢) سلف تخريجه ص٣٦ ضمن تخريج حديث: «لا نكاح إلا بشهود».

ويَنْعَقِدُ بشَهَادَةِ العُمْيانِ. وإذَا تَزَوَّجَ مُسْلمٌ ذِمِّيَّةً ينعقدُ بحضرةِ ذِمِيّيْنِ (م)، وَلا يَظْهَرُ عِنْدَ جُحُودِهِ.

نفسِه، فلا يُسلَبُها عن غيرِه، لأنه من جنسِه، ولأنه تحمُّلٌ، فيجوز، لأن الفِسْق يؤثِّر في الشهادة للتُّهمةِ وذٰلك عند الأداء.

أما التحمُّلُ فأمرٌ مشاهَدٌ لا تُهمةَ فيه، وانعقادُ النكاح لا يتوقفُ على شهادةِ من يثبت بشهادتِه كمَن ظاهرُه العدالةُ ولا يُعلَمُ باطُنه، ولهٰذا ينعقدُ بشهادة ابنَيهِما وابنَيها من غيره، وابنَيه من غيرِها، ولا يظهرُ بشهادتِهم عند دعوى القريب لِما أن العقدَ لا يتوقفُ إلا على الحُضور لا على من يثبتُ بشهادتِه.

قال: (**وينعقدُ بشهادة العُمْيان**) لأنهم من أهلِ الشهادةِ، حتى لو حَكَم بها حاكمٌ جاز، لأنه مجتهَدٌ فيه، فإن مالكاً رحمه الله يجوِّز شهادتَه، وأبا يوسف يُجيزُها إذا تحمَّلها بصيراً، وإذا كان من أهل الشهادةِ صار كالبصيرِ، ولأنه يملك القَبولَ بنفسِه.

والمحدودُ في القَذْف إن تابَ فهو من أهل الشهادةِ، حتى لو حَكَمَ بشهادتِه حاكمٌ جاز، وإن لم يَتُبْ فهو فاسقٌ، وقد مرّ.

قال: (**وإذَا تَزَوَّجَ مُسْلمٌ ذِمِّيَّةً ينعقدُ بحضرةِ ذِمِيّيْنِ، وَلا يَظْهَرُ عِنْدَ جُحُودِهِ**) وقال محمد: لا يجوز لأنه لا شهادةَ للكافر على المسلم، والسَّماعُ في النكاح شهادةٌ، فصار كأنهم سمعوا كلامَ المرأةِ وحدَها. ولهما: أن العقدَ يثبتُ بشهادتِهما لو جَحَدَتْ، ومن جاز أن يثبتَ بشهادتِهما فلأن ينعقدَ بحَضْرتهما أولى، ولأن الانعقادَ لا يتوقفُ على

فصل في المحرمات

ويَحْرُمُ على الرَّجُلِ نِكاحُ أُمِّهِ وجَدَّاتِه [وبِنتِه وبناتِ ولدِه وأُختِه وبِنْتِها وبِنْتِ أخِيه وعَمَّتِه وخالَتِه وأمّ امرأتِه وبِنْتِها إن دَخَلَ بها وامرأة أبيه وأجدادِه وبَنِيه وبَني أولادِه، والجَمْعُ بينَ الأُختَين نِكاحاً ووَطْئاً بمِلْكِ يَمينٍ. ويحْرُمُ من الرَّضَاعِ مَن ذَكَرْنا من النَّسَبِ][1].

سماع من يثبتُ به العقدُ لما مرّ، ولأن سماعَ الكفَّار صحيحٌ في حقِّ المسلم، حتى لو أسلَمَا بعد ما سمِعا ذِميينِ جازت شهادتُهما، ولأن الشهادةَ شُرِطت في الانعقاد لإثبات الملكِ إظهاراً لخَطَر المَحَلِّ، لا لوجوب المَهْر لما بينا، وقد وُجِدت فيثبتُ الملكُ، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامَه، لأن العقدَ إنما ينعقدُ بكلامِه، والشهادةُ على العقد شرطٌ.

فصل في المحرمات

(ويَحْرُمُ على الرَّجُلِ نِكاحُ أُمِّهِ وجَدَّاتِه [وبِنتِه وبناتِ ولدِه وأُختِه وبِنْتِها وبِنْتِ أخِيه وعَمَّتِه وخالَتِه وأمّ امرأتِه وبِنْتِها إن دَخَلَ بها، وامرأة أبيه وأجدادِه وبَنِيه وبَني أولادِه، والجَمْعُ بينَ الأُختَين نِكاحاً ووَطْئاً بمِلْكِ يَمينٍ. ويحْرُمُ من الرَّضَاعِ مَن ذَكَرْنا) ما يحرُمَ (من النَّسَبِ)][1].

---

(١) ما بين الحاصرتين لم يرد في أصولنا الخطية، وأثبتناه من مطبوعة أبي دقيقة.

. . . .

اعلم أن المحرَّمات بكتاب الله تعالى وبسنةِ نبيه عليه السلام تسعةُ أقسام: بالقَرابة، وبالصِّهْرِيَّة، وبالرَّضاع، وبالجَمْع، وبالتَّقديم، وبتعلُّق حقِّ الغير به، وبالمِلكِ، وبالكُفْر، وبالطَّلْقات الثلاث.

فالمحرَّماتُ بالقرابة سبعة أنواع: الأمَّهاتُ وإن عَلَون، والبناتُ وإن سَفَلْنَ، والأخواتُ من أيّ جهةٍ كُنَّ، والخالاتُ والعمَّاتُ جميعُهنَّ، وبناتُ الأخ وبناتُ الأخوات وإن سَفَلْنَ، فهٰؤلاء محرَّماتٌ بنصِّ الكتاب نكاحاً ووَطْئاً، ودواعيه على التأبيد، قال تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّـٰتُكُمْ وَخَـٰلَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣]، نصٌّ على التحريم مطلقاً، فيقتضي حرمةَ جميع الأفعال في المَحلِّ المضاف إليه التحريم، إلاّ فعلاً فيه تعظيمٌ وتكريمٌ، فإنه خارج عن الإرادة، إما لأنه مأمورٌ به بالنصوص الوجِبَةِ لصِلَةِ الرَّحِم وبِرِّ الوالدين والإحسانِ بهما، أو لوجوب ذٰلك عقلاً، أو بالإجماعِ. وما عداهُنَّ من القَرابات محللاتٌ لقوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

والمحرّمات بالصِّهْرِيَّة أربعةٌ: أمُّ امرأتِه وبناتُها، فتحرمُ أُمها بنفس العقد على البنت، قال تعالى: ﴿ وَأُمَّهَـٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ مطلقاً، ولا تحرمُ البنتُ حتى يدخلَ بالأم، قال تعالى: ﴿ وَرَبَـٰٓئِبُكُمُ ٱلَّـٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّـٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ الآية [النساء: ٢٣]، وتحرُمُ الرَّبيبةُ وإن لم تكن في حِجْر الزوج، وذِكرُ الحِجر في الآية خَرَجَ

مخرج العادةِ لَا للشرط، وكذا بناتُ بنتِ المرأة وبناتُ ابنها لدخولهنَّ تحت اسم الرَّبيبة، وحليلةُ الابنِ وابنِ الابنِ وابنِ البنت وإن سَفَلَ حرامٌ على الأب دخَلَ الابنُ بها أو لم يدخل، لقوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣] فلا يدخل فيه حليلةُ الابن المتبنَّى، وحليلةُ الأبِ والجَدِّ من قِبَل الأب والأم وإن علا حرامٌ على الابن، قال تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ﴾ [النساء: ٢٢]، وفي كلِّ موضع يحرُمُ بالعقد إنما يحرم بالعقد الصحيح دون الفاسِد، لأن مُطْلَق النكاح والزوجةِ والحليلةِ إنما ينطلقُ على الصحيح، واسمُ الحليلةِ يتناول الزوجةَ والمملوكةَ، غير أن الزوجةَ تحرُمُ بمجرّد العقد، والأمةُ لا تحرُمُ إلا بالوَطْء، لأن الفراش قائمٌ مقام الوطء، وهو موجود في ملكِ النكاح دون ملكِ اليمين، ولهٰذا لا يجوزُ أن يَجمَعَ بين الأختين بعقدِ النكاح وإن لم يطأ، ويجوز ذٰلك في ملكِ اليمين إذا لم يطأهما. ولو كان له جاريةٌ فقال: وطئتُها، حَرُمت على أبيه وابنهِ، ولو قال ذٰلك في جاريةِ الغير، لا تحرُم أخذاً بالظاهر فيهما. ولو اشترى جاريةً من تركةِ أبيه، وَسِعَه وطؤُها ما لم يعلم أن الأب وَطِئَها. ولو قَصَدَ امرأته ليجامعها وهي نائمةٌ مع بنتِها المشتهاةِ، فوقعت يدُه على البنتِ، فقَرَصَها بشهوةٍ يظنُّ أنها زوجتُه حَرُمت عليه امرأتُه.

والمحرَّمات بالرَّضاع: كلُّ من تحرُم بالقَرابة والصهريةِ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾

. . . .

[النساء: ٢٣] وقال عليه السلام: «يحرُمُ مِنَ الرَّضاعِ ما يحرمُ من النَّسَبِ»[١].

والمحرَّمات بالجَمْع: لا يحلُّ للرجل أن يجمَعَ بين أكثرَ من أربع نسوةٍ، لقوله تعالى: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣]، نصٌّ على الأربع، فلا يجوزُ الزيادةُ عليهنَّ. وروي أن غَيلانَ الدَّيْلَمي أسلَمَ وتحتَه عشرُ نسوةٍ، فأمره عليه السلام أن يُمسِكَ منهنَّ أربعاً ويفارقَ الباقي[٢]. ويستوي في ذٰلك الحرائرُ والإماءُ المنكوحات، لأن النصَّ لم يَفصِل. والجمعُ بين الإماءِ مِلكاً ووطئاً حلالٌ وإن كَثُرْنَ، قال تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦]، مطلقاً من غير حصرٍ، خرج عنه الزوجاتُ بما ذكرنا، فبقي الإماءُ على الإطلاق.

ولا يَجمعُ العبدُ بين أكثرَ من اثنتين، لأن الرِّقَّ منصِّفٌ، فيتنصفُ ملكُ النكاح أيضاً إظهاراً لشَرَف الحُريَّة، ولا يجوزُ الجمعُ بين الأختين نكاحاً، ولا بمِلكِ يمينٍ وَطْئاً، لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ

---

(١) أخرجه من حديث ابن عباس البخاري (٢٦٤٥)، ومسلم (١٤٤٧)، وهو في «المسند» (٢٤٩٠).

وأخرجه من حديث عائشة البخاري (٢٦٤٦)، ومسلم (١٤٤٤)، وهو في «المسند» (٢٤١٧٠)، و«صحيح ابن حبان» (٤٢٢٣).

(٢) أخرجه من حديث ابن عمر ابن ماجه (١٩٥٣)، والترمذي (١١٢٨)، وهو في «المسند» (٤٦٠٩)، و«صحيح ابن حبان» (٤١٥٦).

ولو تَزوجَ أُختَينِ في عَقْدٍ واحدٍ فَسَدَ نكاحُهُما، . . . .

﴿ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣]، وقال عليه السلام: «مَن كانَ يُؤمنُ بالله واليوم الآخر فلا يجمعنَّ ماءَه في رَحِم أُختينِ»[1]، ويجوزُ أن يَجمعَ بينهما في المِلكِ دون الوَطءِ، لأن المراد بالنصِّ حرمةُ الوَطءِ إجماعاً، فإن كان له أمةٌ قد وَطِئها فتزوَّج أختَها جاز النكاح لصُدوره من أهلِه وإضافتِه إلى محلِّه، ولا يطأ الأمةَ، لأن المنكوحة موطوءةٌ حكماً، ولا يَطأ المنكوحةَ حتى يحرِّم الأمةَ عليه، فإذا حرَّمها وَطِئَ المنكوحة، وإن لم يكن وَطِئَ المملوكةَ وَطِئَ المنكوحةَ وحَرُمت المملوكةُ حتى يفارقَ المنكوحةَ.

قال: **(ولو تَزوجَ أُختَينِ في عَقْدٍ واحدٍ فَسَدَ نكاحُهُما)** لعدم أولويَّة جوازِ نكاح إحداهما.

---

(١) ذكر الحافظ ابن حجر في «التلخيص» ٣/ ١٦٦ لفظ حديثنا هٰذا وقال: ويروى: «ملعون من جمع ماءه في رحم أختين»: لا أصل له باللفظين، وقد ذكر ابن الجوزي اللفظ الثاني، ولم يعزه إلى كتاب من كتب الحديث، وقال ابن عبد الهادي: لم أجد له سنداً بعد أن فتشت عليه في كتب كثيرة. انتهى.

وذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ١٦٨ وقال: غريب.

وأخرج البخاري (٥١٠٦)، ومسلم (١٤٤٩)، وهو في «المسند» (٢٦٤٩٤)، و«صحيح ابن حبان» (٤١١١) ولفظه: عن أم حبيبة قالت: قلت: يا رسول الله، هل لك في بنت أبي سفيان؟ قال: «فأفعل ماذا؟» قلت: تَنكح، قال: «أتحبين؟»، قلت: لست لك بمُخْلِيَةٍ، وأَحَبُّ مَن شَرِكَني فيك أختي، قال: «إنها لا تحل لي». . . الحديث.

[ولو تَزَوَّجَ أُختَينِ في عُقْدَتينِ ولا يَدْرِي أَيَّتهما أولى فُرِّقَ بَينَه وبينَهما][1].
وإذا طَلَّقَ امرأتَه لا يجُوزُ أن يتزَوَّجَ أُختَها ولا رابِعَةً حتَّى تَنقَضِي عدَّتُها،

[(ولو تَزَوَّجَ أُختَينِ في عُقْدَتينِ، ولا يَدْرِي أَيَّتهما أولى فُرِّقَ بَينَه وبينَهما) لأن نكاحَ إحداهُما باطلٌ بيقينٍ، ولا وجه إلى التيقُّن لعدم الأولوية][1]. ولهما نصفُ المهر بينهما، لجهالة المستحِقَّة، فيشتركان فيه، فإن تزوّجهما على التعاقُب فسَدَ نكاحُ الأخيرةِ ويفارقُها، وإن عَلِم القاضي بذٰلك فرَّق بينهما.

(وإذا طَلَّقَ امرأتَه لا يجُوزُ أن يتزَوَّجَ أُختَها ولا رابِعَةً حتَّى تَنقَضِي عدَّتُها) وسواء كان الطلاقُ بائناً أو رجعياً، لبقاءِ نكاح الأُولى من وجهٍ، ببقاء العدةِ والنفقةِ والسُّكنى، والفراشِ القائمِ في حقِّ ثبوت النسب والمنعِ من الخروج والبُروز والتزوُّجِ بزوجٍ آخرَ، فتثبت الحُرمةُ أخذاً بالاحتياط في باب الحرمة.

والمعتدةُ إذا لَحِقَت بدار الحربِ مرتدةً يحلُّ للزوج نِكاحُ أختِها، وأربعٍ سواها لسقوط أحكام الإسلام عنها.

وعدةُ أم الولد إذا أعتَقَها مولاها تَمنعُ نكاحَ أختها دون الأربع، لأن فراشَها قائمٌ، فيكون جامعاً ماءَه في رحمِ أختين، وأنه حرامٌ بالحديث، وحرمة الأربع وَرَدَ في النكاح، وقالا: لا يَمنعُ، لأن له أن يتزوَّجها قبلَ العِتق، فكذا بعدَه، لٰكن إذا عَقَدَ عليها لا يَطؤُها حتى تنقضي العدةُ.

---

(١) ما بين الحاصرتين لم يرد في أصلينا الخطيين، وأثبتناه من مطبوعة أبي دقيقة.

ولا يُجمَعُ بين المرأةِ وعَمَّتها أو خالَتِها، ولا يَجُوزُ نكاحُ الأمَةِ على الحُرَّةِ ولا مَعَها ولا في عدّتِها (سم)، ويجُوزُ نكاحُ الحُرَّةِ والأمَةِ على الأمَةِ ومَعَها

وجوابُه أن فراشَها قبل العِتق ضعيفٌ يَقبلُ النقلَ إلى غيرِه بالنكاح، وبعدَه لا، فافترقا، والعقدُ قائمٌ مقامَ الوطءِ حتى يثبتَ النسبُ منه، فلا يجوز.

قال: (**ولا يُجمَعُ بين المرأةِ وعَمَّتها أو خالَتِها**) للحديث المشهور، وهو قوله ﷺ: «لا تُنكحُ المرأةُ على عمَّتها، ولا على خالَتِها، ولا على بنت أخيها، ولا على بنتِ أُختِها، فإنكم إذا فعلتُم ذٰلكَ فَقد قَطَّعتم أرحامَهنَّ»[1].

ويجوز أن يُجمَع بين امرأةٍ وابنةِ زوجٍ كان لها من قبلِه، لأنه لا قرابةَ بينهما.

(و) المحرّماتُ بالتقديم (**لا يَجُوزُ نكاحُ الأمَةِ على الحُرَّةِ، ولا مَعَها، ولا في عِدّتِها، ويجُوزُ نكاحُ الحُرَّةِ والأمَةِ على الأمَةِ ومَعَها**،

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة أبو داود (٢٠٦٥)، والترمذي (١١٢٦)، والنسائي ٦/ ٩٨، وهو في «المسند» (٩٥٠٠)، و«صحيح ابن حبان» (٤٠٦٨) و(٤١١٧) ولفظه: «أن رسول الله ﷺ نهى أن تُنكح المرأة على عمتها، والعمة على بنت أخيها، والمرأة على خالتها، والخالة على بنت أختها، لا تُنكح الصغرى على الكبرى، ولا الكبرى على الصغرى». وإسناده صحيح.

وأخرج الطبراني في «الكبير» (١١٩٣١)، وابن حبان في «صحيحه» (٤١١٦) ولفظه: نهى رسول الله ﷺ أن تزوج المرأة على العمة والخالة قال: «إنكن إذا فعلتن ذلك قطعتن أرحامكن». وهو حديث حسن.

وانظر حديث أبي هريرة عند البخاري (٥١٠٩)، ومسلم (١٤٠٨)، وهو في «المسند» (٧١٣٣)، و«صحيح ابن حبان» (٤١١٣).

وفي عدَّتِها) لقوله عليه السلام: «لا تُنكحَ الأمةُ على الحُرَّةِ وتُنكحُ الحرّةُ عليها»[1].

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوزُ نكاح الأمةِ في عدَّةِ الحرّةِ من طلاقٍ بائنٍ، لأنه ليس بنكاحٍ عليها، حتى لو حَلَفَ لا يتزوّجُ عليها لا يحنَثُ بهٰذا. ولأبي حنيفة: أن نكاح الحرّةِ قائمٌ من وجهٍ على ما بينا، واليمينُ مبناها على المقصود، وهو عدم المُزاحمةِ في القَسَم، وقد وُجد.

---

(١) أخرجه ضمن حديث الدارقطني (٤٠٠٢)، والبيهقي ٧/ ٣٦٩-٣٧٠ من طريق مظاهر بن أسلم، عن القاسم بن محمد، عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «طلاق العبد تطليقتان، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً، وقرء الأمة حيضتان، وتتزوج الحرة على الأمة، ولا تتزوج الأمة على الحرة». ومظاهر ضعيف.

وأخرجه من مرسل الحسن البصري عبد الرزاق (١٣٠٩٩)، و(١٣١٠١)، وسعيد بن منصور في «سننه» (٧٤١)، وابن أبي شيبة ٤/ ١٤٨، والطبري في «تفسيره» ٥/ ١٧، والبيهقي ٧/ ١٧٥.

وأخرجه من قول علي رضي الله عنه ابن أبي شيبة ٤/ ١٤٨، والدارقطني (٣٧٣٧).

وأخرجه كذلك عن جابر عبد الرزاق (١٣٠٨٩)، والبيهقي ٧/ ١٧٥.

وأخرجه من قول سعيد بن المسيب مالك في «الموطأ» ٢/ ٥٣٦، وعبد الرزاق (١٣٠٩١) و(١٣٠٩٢)، وسعيد بن منصور (٧٢٢) و(٧٢٤)، وابن أبي شيبة ٤/ ١٤٨.

وانظر «نصب الراية» ٣/ ١٧٤-١٧٥.

ويجُوزُ للحُرّ أن يتزَوَّجَ أربعاً من الإماءِ. ويجُوزُ أن يتَزَوَّجَ أمَةً مع القُدرَةِ على الحُرَّةِ. ولا يجُوزُ أن يتزَوَّجَ زَوجَةَ الغير ولا مُعتَدَّته. . . . .

ولو تزوَّج في عقدٍ واحدٍ أربعاً من الإماءِ وخمساً من الحرائرِ، جاز نكاحُ الإماءِ خاصةً، لأنه لا يجوزُ نكاح واحدةٍ من الحرائر لعدمِ الأولويةِ، فيبطلُ نكاحهنَّ، فلم توجد المزاحمَةُ.

(**ويجُوزُ للحُرّ أن يتزَوَّجَ أربعاً من الإماءِ**) لأن قوله تعالى: ﴿وَرُبَٰعَۖ﴾ لا يَفصِل.

(**ويجُوزُ أن يتَزَوَّجَ أمَةً مع القُدرَةِ على الحُرَّةِ**) لأن النصوص لا تَفصِل، وهي قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، وقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣] وغير ذٰلك.

(و) المحرَّمات بتعلُّق حقِّ الغير فـ (**لا يجُوزُ أن يتزَوَّجَ زَوجَةَ الغير ولا مُعتَدَّته**) قال عليه السلام: «ملعونٌ من سقى ماءَه زَرْعَ غيرِه»[1]، ولأن ذٰلك يُفضي إلى اشتباه الأنساب، ولهٰذا لم يُشرع الجمعُ بين الزوجين في امرأةٍ واحدةٍ في دِينٍ من الأديان.

---

(١) أخرجه بلفظ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يَسْقِ ماءَه زرع غيره» من حديث رويفع بن ثابت أبو داود (٢١٥٨) و(٢١٥٩)، والترمذي (١١٣١)، وهو في «المسند» (١٦٩٩٠)، و«صحيح ابن حبان» (٤٨٥٠). وهو حديث صحيح بطرقه وشواهده.

ويشهد له حديث أبي الدرداء عند مسلم (١٤٤١)، وهو في «المسند» (٢١٧٠٣). وحديث ابن عباس في «المسند» (٢٣١٨). وانظر تتمة شواهده فيه.

ولا يتزَوَّجُ حاملاً من غيرِه إلاَّ الزَّانيةَ (س ف)، فإن فَعَلَ لا يَطؤُها حتَّى تَضَعَ. ولا يَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ أمَتَهُ وَلا المَرأةُ عَبْدَها. ولا يَجُوزُ نكاحُ المَجُوسيَّاتِ وَالوَثَنيَّاتِ وَلا وَطْؤهُنَّ بِملْكِ يَمينٍ، ....

(**ولا يتزَوَّجُ حاملاً من غيرِه**) لما ذكرنا (**إلاَّ الزَّانيةَ، فإن فَعَلَ لا يَطؤُها حتَّى تَضَعَ**) وقال أبو يوسف: النكاح فاسدٌ، لما سبق من الحديث، ولأنه حملٌ محترَمٌ، حتى لا يجوزُ إسقاطُه. ولهما: أن الامتناع لئلا يَسقي ماءَه زرعَ غيرِه في ثابت النسب، لحقِّ صاحبِ الماء، ولا حرمةَ للزاني، فدخلت تحت قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فإن كان الحمل ثابتَ النسبِ، كالحامل من السَّبْي، وحَمْل أم الولد من مولاها ونحوه، فالنكاحُ فاسدٌ لما بينا.

(و) المحرّمات بالمِلْكِ فـ (**لا يَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ أمَتَهُ، وَلا المَرأةُ عَبْدَها**) ومِلكُ بعضِ العبد في هٰذا كمِلكِ كلِّه، وكذا حقُّ الملك، كمملوك المكاتَبِ والمأذونِ، لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح، فلا فائدةَ في إثبات الأضعفِ مع ثبوت الأقوى، ولأن ملك النكاح يُوجب لكلِّ واحدٍ من الزوجين على الآخر حقوقاً، والرِّقُّ ينافي ذٰلك.

(و) المحرّمات بالكفر فـ (**لا يَجُوزُ نكاحُ المَجُوسيَّاتِ وَالوَثَنيَّاتِ، وَلا وَطْؤهُنَّ بِملْكِ يَمينٍ**) قال تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]، وقال عليه السلام في المجوس: «سنُّوا بهم سُنَّة أهلِ الكتاب، غيرَ ناكِحِي نسائِهم ولا آكِلِي ذبائحِهم»(١).

---

(١) أخرجه بنحوه عبد الرزاق (١٠٠٢٨)، وابن أبي شيبة ٤/ ١٨٠، والبيهقي=

. . . .

= ٩/ ١٩٢ من طريق سفيان الثوري، عن قيس بن مسلم، عن الحسن بن محمد: أن النبي ﷺ كتب إلى مجوس أهل هجر يعرض عليهم الإسلام، فمن أسلم قُبل منه، ومن لم يسلم ضرب عليه الجزية، غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم. وهٰذا سند رجاله ثقات إلا أنه منقطع، والحسن بن محمد هو ابن علي بن أبي طالب القرشي المدني المعروف بابن الحنفية.

وقال البيهقي: هٰذا مرسل، وإجماع أكثر المسلمين عليه يؤكده.

وأخرجه دون قوله: «غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم» مالك في «الموطأ» ١/ ٢٧٨، والشافعي في «المسند» ٢/ ١٣٠، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٠٠٢٥) و(١٩٢٥٣)، وابن أبي شيبة ٣/ ٢٢٤ و١٢/ ٢٤٣ و٢٤٤، والبزار في «مسنده» (١٠٥٦)، والشاشي في «مسنده» (٢٥٧) من طريق جعفر بن محمد، عن أبيه قال: قال عمر: ما أدري ما أصنع بالمجوس؟ فقام عبد الرحمٰن بن عوف قائماً، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب». وإسناده منقطع.

قال صاحب «التنقيح» ٣/ ٣٦٤: وقد روي هٰذا عن عبد الرحمٰن من وجه آخر متصل، لٰكن في إسناده من يجهل حاله، قال ابن أبي حاتم: حدثنا إبراهيم ابن الحجاج الشامي، حدثنا أبو رجاء، حدثنا الأعمش، عن يزيد بن وهب، قال: كنت عند عمر بن الخطاب، فذكر مَنْ عنده علم من المجوس؟ فوثب عبد الرحمٰن بن عوف، قال: أشهد بالله على رسول الله ﷺ لسمعته يقول: «إنما المجوس طائفة من أهل الكتاب، فاحملوهم على ما تحملون عليه أهل الكتاب».

وللطبراني في «معجمه الكبير» ١٩/ (١٠٥٩) من حديث مسلم بن العلاء الحضرمي: «سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب»، وقال الهيثمي في «المجمع» ٦/ ١٣: وفيه من لم أعرفه. =

ويَجُوزُ تَزْوِيجُ الكتابيَّاتِ والصَّابِئات (سم). والزِّنَى يوجبُ حُرمةَ المُصَاهَرةِ، وكذا المَسُّ بشَهوَةٍ منَ الجانبَينِ، والنَّظَرُ إلى الفَرجِ منَ الجانبَينِ أيضاً.

(ويَجُوزُ تَزْوِيجُ الكتابيَّاتِ) لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، والذميةُ والحربيةُ سواءٌ لإطلاق النصِّ، والأمةُ والحرّةُ سواءٌ لإطلاق المقتضى.

(و) يجوز نكاحُ (الصَّابِئات) عند أبي حنيفةَ، خلافاً لهما، وعلى هٰذا حِلُّ ذبائحِهم. وهٰذا بناء على اشتباه مذهبِهم، فعنده: هم أهلُ كتاب يعظِّمون الكواكبَ ولا يعبدونَها، فصاروا كالكتابيَّات، وعندهما: يعبدون الكواكبَ وليسوا أهلَ كتاب.

والمحرّماتُ بالطلقات الثلاث، لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. وعليه الإجماع.

قال: (والزِّنَى يوجبُ حُرمةَ المُصَاهَرةِ) فمَن زنى بامرأةٍ أو وَطِئها بشُبهةٍ حَرُمت عليه أصولُها وفروعُها، وتحرُم الموطوءةُ على أصولِ الواطئ وفروعِه (وكذا المَسُّ بشَهوَةٍ منَ الجانبَينِ، والنَّظَرُ إلى الفَرجِ منَ الجانبَينِ أيضاً) والمعتبَرُ النظرُ إلى فرجها الباطنِ دون الظاهر، روي ذٰلك عن أبي يوسف وهو الصحيح. وحكى الطحاويُّ إجماعَ السلف

= وأخرج البخاري (٣١٥٧)، وأبو داود (٣٠٤٣)، والترمذي (١٥٨٧)، وأحمد (١٦٥٧) وغيرهم من طريق سفيان بن عيينة، عن عمرو بن دينار، عن بجالة بن عبدة قال: لم يكن عمر أخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمٰن ابن عوف أخذها من مجوس هجر. وقال الترمذي: حسن صحيح.

. . . .

في أن التقبيل والمسَّ[1] عن شهوة يوجب حرمةَ المصاهرة، والأصل فيه قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢]، والحملُ على الوطءِ أولى لما بينا أن النكاح حقيقةٌ هو الوطء، أو لأنه أعمُّ، فكان الحملُ عليه أولى وأعمَّ فائدةً، فيصيرُ معنى الآية والله أعلم: ولا تطؤوا ما وَطِئَ آباؤُكم مطلقاً، فيدخل فيه النكاحُ والسِّفاحُ، ولقوله عليه السلام: «مَن زَنى بامرأةٍ حرُمَتْ عليه أَمُّهَا وابنَتُها»[2]، وقال عليه السلام: «مَن نَظَرَ إلى فَرجِ امرأةٍ بشهوةٍ أو لمَسها بِشَهوةٍ حرُمتْ عليه أمُّها وابنتُها وحَرُمتْ على ابنهِ وأبيهِ»[3]، وإذا ثبتَ هٰذا

---

(١) في (م): واللمس.

(٢) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٧٦ وبيض له.

وأخرج ابن أبي شيبة ٤/ ١٦٦ و٤٢١ عن شريك، عن عبد الكريم، عن عطاء قال: إذا أتى الرجل المرأة حراماً حرمت عليه ابنتها، وإن أتى ابنتها حرمت عليه أمها.

وانظر «فتح الباري» للحافظ ابن حجر ٩/ ١٥٦.

(٣) أخرج ابن أبي شيبة ٤/ ١٦٥ عن جرير بن عبد الحميد، عن حجاج، عن أبي هانئ قال: قال رسول الله ﷺ: «من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها». قال ابن حجر في «الفتح» ٩/ ١٥٦: وإسناده مجهول. قاله البيهقي.

وأخرج أيضاً عن علي بن مسهر، عن سعيد، عن قتادة، عن الحسن، عن عمران بن الحصين في الرجل يقع على أم امرأته قال: تحرم عليه امرأته. =

. . . .

الحكمُ في موطوءةِ الأب، ثبتَ في موطوءةِ الابن، وفي وطءِ أمِّ امرأتِه وسائرِ ما يثبت بحُرمة المصاهرةِ بالنكاح، لأن أحداً لم يفصِل بينهما، ولأن الوطء سببٌ للجزئية بواسطةِ الولد، ولهٰذا يُضاف إليها كَمَلاً كما يضاف إليه والاستمتاع بالجزء حرامٌ، والمسُّ والنظرُ داعٍ إلى الوطءِ، فيُقام مقامَه احتياطاً للحرمة.

= وأخرج عن جرير، عن مغيرة، عن إبراهيم وعامر في رجل وقع على ابنة امرأته قالا: حرمتا عليه كلاهما، وقال إبراهيم: وكانوا يقولون: إذا اطلع الرجل على المرأة على ما لا تحل له أو لمسها لشهوة فقد حرمتا عليه جميعاً.

وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٧٨٤) عن ابن جريج قال: أخبرت عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن أم الحكم أنه قال: قال رجل: يا رسول الله، إني زنيت بامرأة في الجاهلية وابنتها، فقال النبي ﷺ: لا أرى ذٰلك، ولا يصلح ذٰلك أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما اطلعت عليه منها.

وأخرج (١٢٧٦١) عن ابن جريج قال: سئل عطاء عن رجل كان يصيب امرأة سفاحاً أينكح ابنتها؟ قال: لا، وقد اطلع على فرج أمها، فقال إنسان: ألم يكن يقال: لا يحرم حرام حلالاً، قال: ذٰلك في الأمة، كان يبغي بها ثم يبتاعها، أو يبغي بالحرة ثم ينكحها، فلا يحرم حينئذ ما كان صنع من ذٰلك.

وأخرج الدارقطني (٣٦٨٢) من طريق الليث، عن حماد، عن إبراهيم، عن علقمة، عن عبد الله قال: لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها، وقال: حماد وليث ضعيفان.

وأخرج عبد الرزاق (١٢٧٤٩) عن هشام بن حسان، عن واصل مولى أبي عيينة، عن حماد، عن إبراهيم قال: من نظر إلى فرج امرأة وابنتها احتجب الله عنه يوم القيامة.

ومَن جَمَع بينَ امرأتَين إحداهُما لا يَحِلُّ له نِكاحُها صَحَّ نِكاحُ الأُخرَى.

وكان الشيخ أبو الحسن الكَرْخي رحمه الله يقول: إن المرادَ من قوله: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم ﴾: الوطءُ دون العَقْد، لأنه حقيقةٌ في الوطء، ولم يُرَد به العقدُ لاستحالةِ كون اللفظ الواحدِ حقيقةً ومجازاً في حالةٍ واحدةٍ، والتحريمُ بالعقد ثبتَ بغير هٰذه الآية. وحدُّ الشهوة أن تنتشرَ آلتُه بالنظرِ والمَسِّ، وإن كانت منتشرةً فتزداد شدَّةً، والمجبوبُ والعِنِّين يتحرّك قلبُه بالاشتهاء، أو يزدادُ اشتهاءً.

ولو مسَّها وعليه ثوبٌ، إن مَنَعَ وصولَ حرارتها إلى يدِه لا تثبتُ الحرمةُ، وإن لم تمنع تثبتُ. ولو أخذ يدَها ليقبِّلها بشهوةٍ فلم يفعل حَرُمت على ابنهِ. ولو مسَّ شعر امرأةٍ بشهوةٍ حَرُمت عليه أمُّها وبنتُها لأنه من أجزاء بدَنِها.

قال أبو حنيفة: إذا جامع صغيرةً لا يجامَعُ مثلُها، فأفضاها، لا تحرُم عليه أُمها. وقال أبو يوسف: تحرُم. ولو كانت ممن يُجامَع مثلُها حرُمت عليه أمُّها بالإجماع. لأبي يوسف: أنه وَطءٌ في قُبُلٍ، فتحرُم كوطءِ الكبيرة. ولهما: أنه ليس بسببٍ للولد، فصار كاللّواطة، أما الكبيرةُ فتحتمل العُلوق.

قال: (**ومَن جَمَع بينَ امرأتَين إحداهُما لا يَحِلُّ له نِكاحُها صَحَّ نِكاحُ الأُخرَى**) معناه: إذا تزوجهما في عقدٍ واحدٍ، لأنه لا مانعَ من نكاح الأخرى لاختصاص المُبْطِلِ بتلك.

ويَجُوزُ أن يتزَوَّجَ المُحرِمُ حالةَ الإحرامِ. ونِكاحُ المُتعَةِ والنِّكاحُ المُؤَقَّتُ (ز) باطِلٌ.

قال: (ويَجُوزُ أن يتزَوَّجَ المُحرِمُ حالةَ الإحرامِ) لأن النبيّ ﷺ: تزوّجَ ميمونةَ وهو مُحرمٌ[1]. والمحظورُ الوَطءُ ودواعيه، لا العقدُ، وهو مَحمَلُ ما رُوي أنه عليه السلام نهى أنْ يَنكحَ المُحرِمُ[2].

قال: (ونِكاحُ المُتعَةِ والنِّكاحُ المُؤَقَّتُ باطِلٌ) أما المتعةُ فلقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٧]، وهٰذه ليست مملوكةً ولا زوجةً، أما المملوكةُ فظاهرٌ، وأما الزوجةُ فلِعَدَمِ أحكامِ الزوجيَّةِ من الإرثِ وانقطاعِ الحِلِّ بغير طلاق ولا مانعٍ، وقد صَحَّ عن عليٍّ رضي الله عنه: أن النبيّ ﷺ حرَّم يومَ خيبرَ متعةَ النساء ولحومَ الحُمُر الأهليةِ[3]. وما روي في إباحتها ثَبَتَ نسخُه بإجماعِ الصحابةِ رضي الله عنهم، وصحَّ أنَّ ابنَ عباس رَجَعَ إلى قولهم.

---

(١) أخرجه من حديث ابن عباس البخاري (١٨٣٧)، ومسلم (١٤١٠)، وهو في «المسند» (١٩١٩)، و«صحيح ابن حبان» (٤١٢٩).

(٢) أخرجه من حديث عثمان مسلم (١٤٠٩)، وهو في «المسند» (٤٠١)، و«صحيح ابن حبان» (٤١٢٣). ولفظه: «لا يَنكِحُ المحرمُ ولا يُنكَحُ ولا يخطُب».

(٣) أخرجه البخاري (٤٢١٦)، ومسلم (١٤٠٧) وص١٥٣٧/ (١٤٠٧) (٢٢) قبل الحديث (١٩٣٦)، وهو في «المسند» (٥٩٢)، و«صحيح ابن حبان» (٤١٤٥).

تنبيه: قد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن المتعة عام الفتح وقال عن ذٰلك: «إن الله حرم ذٰلك إلى يوم القيامة»، فقد أخرج مسلم في «صحيحه» (١٤٠٦) (٢١)، وأحمد (١٥٣٤٥)، وابن أبي شيبة ٤/ ٢٩٢، وعبد الرزاق (١٤٠٤١)، =

. . . .

= والحميدي (٨٤٧)، والدارمي ٢/ ١٤٠، وابن ماجه (١٩٦٢)، وأبو يعلى (٩٣٩)، وابن الجارود (٦٩٩)، والطحاوي ٥/ ٢٣، والطبراني (٦٥١٤-٦٥٢٠) والبيهقي ٧/ ٢٠٣ من طرق عن عبد العزيز بن عمر حدثني الربيع بن سبرة الجهني: أن أباه حدثه: أنه كان مع رسول الله ﷺ عام الفتح فقال: «يا أيها الناس إني كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله قد حرم ذٰلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله، ولا تأخذوا مما آتيتم منه شيئاً.

وقال الإمام ابن القيم في «زاد المعاد» ٣/ ٤٦٠: وذكر تعليقاً على حديث علي المخرج في «الصحيحين»: أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمر الإنسية: قال رحمه الله: هٰذا الحديث قد صحت روايته بلفظين هٰذا أحدهما، والثاني: الاقتصار على نهي النبي ﷺ عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر، هٰذه رواية ابن عيينة عن الزهري. قال قاسم بن أصبغ: قال سفيان بن عيينة: يعني أنه نهى عن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر لا عن نكاح المتعة، ذكره أبو عمر في «التمهيد» ثم قال: على هٰذا أكثر الناس. انتهى. فتوهم بعض الرواة أن يوم خيبر ظرف لتحريمهن، فرواه: حرم رسول الله ﷺ المتعة زمن خيبر والحمر الأهلية، واقتصر بعضهم على رواية بعض الحديث فقال: حرَّم رسول الله ﷺ المتعة زمن خيبر، فجاء بالغلط البيِّن.

فإن قيل: فأي فائدة في الجمع بين التحريمين إذا لم يكونا قد وقعا في وقت واحد، وأين المتعة من تحريم الحمر؟، قيل: هٰذا الحديث رواه علي بن أبي طالب رضي الله عنه محتجاً به على ابن عمه ابن عباس في المسألتين، فإنه كان يبيح المتعة ولحوم الحمر، فناظره علي بن أبي طالب في المسألتين، وروى له التحريمين، وقيَّد تحريم الحمر بزمن خيبر، وأطلق تحريم المُتعة، وقال: إنك امرؤ تائه، إن رسول الله ﷺ حرَّم المتعة وحرَّم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر كما قاله سفيان بن عيينة، وعليه أكثر الناس، فروى الأمرين محتجاً عليه بهما، لا مقيداً لهما بيوم خيبر، والله الموفق.

فصل

وعِبارةُ النِّساءِ مُعتَبَرةٌ في النِّكاحِ، حتى لو زَوَّجَتِ الحُرَّةُ العاقِلةُ البالغةُ نَفسَها جازَ، وكذٰلك لو زَوَّجَت غَيرَها بالوِلايةِ أو الوَكالةِ، وكذا إذا وكَّلَت غَيرَها في تَزوِيجِها، أو زَوَّجَها غَيرُها فأجازَتْ (م). . . . .

وأما النكاحُ المؤقتُ، فلأنه أتى بمعنى المُتعةِ، والعِبرةُ للمعاني، وسواءٌ طالت المدّةُ أو قَصُرت، لأن التأقيتَ هو المُبطِلُ، وهو المُغلَّب لجهةِ المتعةِ.

وصورةُ نِكاح المتعةِ: أن يقول الرجلُ لامرأةٍ: متِّعيني نفسَك بكذا من الدراهم مدةَ كذا، فتقول له: متَّعتُك نفسي، أو تقول: أتمتَّعُ بك، ولا بدَّ من لفظ التَّمتع فيه. وأما المؤقتُ: فأن يتزوَّجَها بشهادةِ شاهدَين مدةً معلومة. وقال زفر: النكاحُ المؤقَّتُ صحيحٌ، ويبطُلُ التأقيتُ، لأن النكاح لا يبطُلُ بالشرطِ الفاسِد، وجوابُه ما مرّ.

فصل

(وعِبارةُ النِّساءِ مُعتَبَرةٌ في النِّكاحِ، حتى لو زَوَّجَتِ الحُرَّةُ العاقِلةُ البالِغةُ نَفسَها جازَ، وكذٰلك لو زَوَّجَت غَيرَها بالوِلايةِ أو الوَكالةِ، وكذا إذا وكَّلَت غَيرَها في تَزوِيجِها، أو زَوَّجَها غَيرُها فأجازَتْ) وهٰذا قول أبي حنيفة وزفرَ والحسنِ، وظاهرُ الرواية عن أبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز إلا بإجازةِ الوليِّ، فإن ماتا قَبْلها لا يتوارثان، ولا يقع طلاقُه ولا ظِهارُه، ووَطْؤُه حرامٌ، فإن امتنع الوليُّ من الإجازةِ ذَكَر الطحاويُّ عن محمدٍ: يجدِّدُ القاضي العقدَ بينهما. وذكر هشامٌ عن محمد: فإن لم

يجزْه الوليُّ أُجيزُه أنا، وكان يؤمئذٍ قاضياً، فصار عنه روايتان. وروي عنه أنه رَجَعَ إلى قول أبي حنيفة قبل موتهِ بسبعة أيام.

وحكى الفقيه أبو جعفر الهِندواني: أن امرأةً جاءت إلى محمدٍ قبل موته بثلاثة أيام، وقالت: إن لي وليّاً، وهو لا يُزوِّجُني إلا بعدَ أن يأخذ مني مالاً كثيراً، فقال لها محمد: اذهبي فزوِّجي نفسَك، وهٰذا يؤيِّد ما روي من رُجوعه. وعن أبي يوسفَ في غيرِ رواية الأصول مثلُ قول محمدٍ الأوّل. وفي رواية: إن زوَّجَت نفسَها من كُفءٍ لا يتوقف، وإن كان من غير كُفءٍ توقَّف[1] على إجازة الولي.

وجه عدم الجواز: ما روت عائشةُ عن النبي عليه السلام أنه قال: «أيُّما امرأةٍ نَكَحتْ نفسَها بغيرِ إذنِ وليها فَنِكاحُها باطلٌ باطلٌ باطلٌ»[2]، وقولُه عليه السلام: «لا نِكاح إلا بوليٍّ»[3]، ولأنها كانت

---

(١) في (س): يقف، والمثبت من (م).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)، وابن ماجه (١٨٧٩)، والترمذي (١١٠٢)، وهو في «المسند» (٢٤٢٠٥)، و«صحيح ابن حبان» (٤٠٧٤). وهو حديث صحيح. وانظر تمام التعليق عليه وتخريجه في «المسند».

(٣) أخرجه من حديث أبي موسى أبو داود (٢٠٨٥)، وابن ماجه (١٨٨١)، والترمذي (١١٠١)، وهو في «المسند» (١٩٥١٨)، و«صحيح ابن حبان» (٤٠٧٧).

وفي الباب عن غير واحد من الصحابة ذكرناها عند حديث ابن عباس في «المسند» (٢٢٦٠). فانظرها هناك.

. . . .

موَلِّياً عليها قبل البلوغ في حقِّ العقد والنفاذِ لعدمِ رأيها، فلو زال إنما يزولُ بما حَدَثَ لها من الرأي والعقلِ بالبلوغِ، وإنما حَدَثَ لها رأيٌ وعقلٌ ناقصٌ، ومن لم يحدث له رأي أصلاً كمَن بَلَغَ مجنوناً لا تزول عنه الولايةُ أصلاً، ومن حَدَثَ له عقلٌ كاملٌ ورأيٌ وافرٌ كالرجل تزول الولايةُ أصلاً، فإذا حَدَثَ الناقصُ فكأنه حَدَثَ من وجهٍ دون وجه، فتثبتُ لها إحدى الولايتين، وهو الانعقادُ دون النفاذِ عملاً بالشَّبَهين.

ووجه الفسخِ إذا لم يُجِزِ الوليُّ أن النكاحَ إلى الأولياء بالحديث، فيتوقفُ على إجازَتِه، ويرتدُّ بردِّه، كما إذا عَقَدَ وتوقف على إجازتها، فإذا بطل يُجدِّد القاضي النكاح.

ووجه رواية هشام: أنه عقدٌ صَدَر من المالك، ويُوقف[1] على إجازةِ صاحبِ الحقِّ، فلا ينفسِخُ بردِّه، كالراهن إذا باع الرهنَ وردَّه المُرتهنُ، فإنه لا ينفسخُ البيعُ، حتى لو صَبَرَ المشتري إلى حين انفكاكِ الرَّهن نَفَذَ، وإذا بقي العقدُ أجازَه القاضي إذا امتَنَعَ الوليُّ لظُلمِه، بخلاف ما ذُكر من المسألة، لأن المرأةَ هي المالكةُ، فتبطُلُ بردِّها، كما إذا باع المُرتهنُ ورَدَّ الراهنُ.

وجه قول أبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وفي آية أخرى: ﴿مِن مَّعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٤٠]، أضاف

(١) في (م): وتوقف، والمثبت من (س).

النكاحَ والفِعلَ إليهنَّ، وذٰلك يدلُّ على صِحَّة عبارتهن ونفاذِها، لأنه أضاف إليهنَّ على سبيل الاستقلالِ، إذ لم يذكر معها غيرَها، وهي إذا زوَّجت نفسَها من كُفءٍ بمهرِ المِثل فقد فعَلَتْ في نفسِها بالمعروف، فلا جُناح على الأولياء في ذٰلك.

وروى ابنُ عباس: أن فتاةً جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسولَ الله، إن أبي زوَّجَني من ابن أخٍ له لِيرفع خَسِيسَتَه وأنا له كارهةٌ، فقال لها: «أجيزي ما صنَعَ أبوكِ» فقالت: لا رغبةَ لِي فِيما صَنَعَ أبي، قال: «فاذهبي فانكِحي مَنْ شِئْتِ» فقالت: لاَ رَغبةَ لِي عَمَّا صَنَعَ أبِي يا رسول الله، ولٰكني أردتُ أنْ أُعَلِّمَ النساءَ أَن ليسَ للآباء مِن أمورِ بنَاتهم شيءٌ[1]، والاستدلالُ به من وجوه: أحدها: قوله عليه

(١) لم نجد الحديث بهٰذا اللفظ عن ابن عباس، وقد جاء عنه بلفظ: أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي ﷺ. أخرجه أحمد في «مسنده» (٢٤٦٩)، وأبو داود (٢٠٩٦)، وابن ماجه (١٨٧٥). وإسناده صحيح.

وأخرج أحمد في «مسنده» (٢٥٠٤٣)، والنسائي في «المجتبى» ٦/ ٨٦-٨٧ من حديث عائشة ولفظه: جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبي زوجني ابن أخيه يرفع به خسيسته، فجعل الأمر إليها. قالت: فإني قد أجزت ما صنع أبي، ولٰكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء. وهو حديث صحيح. وانظر بسط الكلام عليه في «المسند».

وأخرج سعيد بن منصور في «سننه» (٥٦٨) عن أبي الأحوص، عن عبد العزيز ابن رفيع، عن أبي سلمة بن عبد الرحمٰن قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ =

السلام: «فانكِحي مَنْ شئتِ». الثاني: قولها ذٰلك، ولم يُنكر عليها، فعُلم أنه ثابتٌ، إذ لو لم يكن ثابتاً لما سكت عنه. الثالث: قوله ﷺ: «أجيزي ما صنع أبوكِ» يدلُّ على أن عقدَه غير نافذ عليها، وفيه دليلٌ لأصحابنا على أن العقد يتوقف أيضاً. وفي البخاري: أن خنساء بنتَ خِدام أنكحها أبوها وهي كارِهَةٌ فردَّه النبيّ ﷺ[1].

وروي أن امرأةً زوّجت بنتَها برضاها، فجاء الأولياء فخاصموها إلى عليٍّ رضي الله عنه، فأجاز النكاح[2]، وهٰذا دليلُ الانعقاد بعبارة

= فقالت: يا رسول الله، إن أبي ونعم الأب هو، خطبني إليه عم ولدي فرده، وأنكحني رجلاً وأنا كارهة، فبعث رسول الله ﷺ إلى أبيها فسأله عن قولها، فقال: صدقت أنكحتها ولم آلوها خيراً. فقال رسول الله ﷺ: لا نكاح لك، اذهبي فانكحي من شئت. قال الزيلعي بعد أن ذكره ٣/ ١٨٢: قال ابن الجوزي: والجواب: أن الموجود في «الصحيح» أن أباها أنكحها، وهي كارهة، فرد رسول الله ﷺ ذٰلك. وهو من حديث خنساء بنت خدام، وأما قوله: «انكحي من شئت» فرواه أبو سلمة مرسلاً. قلنا: وحديث خنساء سيأتي بعد هٰذا. ومرسل أبي سلمة أيضاً هو عند النسائي في «الكبرى» (٥٣٧٩).

(١) أخرجه البخاري (٥١٣٨)، وهو في «المسند» (٢٦٧٨٦).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٤/ ١٣٣ عن أبي معاوية، عن الشيباني، عن أبي قيس الأودي، عمن حدثه عن علي: أنه أجاز نكاح امرأة بغير ولي أنكحتها أمها.

وأخرج أيضاً ٤/ ١٣٤ عن يحيى بن آدم، عن سفيان، عن أبي قيس، عن هزيل قال: رفعت إلى علي امرأة زوَّجها خالها وأمها، فأجاز علي النكاح. هٰكذا ذكره ابن قطلوبغا ص٢٧٨، وليس في النسخة المطبوعة عندنا من «المصنف» لفظ: «وأمها».

. . . .

النساء، وأنه أجازَ النكاحَ بغير وليٍّ، لأنهم كانوا غائبين، ولأنها تصرَّفت في خالص حقِّها، ولا ضررَ فيه لغيرها، فينفذ كتصرُّفها في مالها، والولايةُ في النكاح أسرعُ ثبوتاً منها في المال، ولهٰذا يثبتُ لغير الأبِ والجدِّ، ولا يثبتُ لهم في المال، ولأن النكاح خالصُ حقِّها، حتى يُجبرُ الوليُّ عليه عند طلبها وبذله لها، وهي أهلٌ لاستيفاء حقوقها، إلا أن الكفاءةَ حقُّ الأولياء، فلا تقدِرُ على إسقاط حقِّهم.

وأما ما ذُكِر من الأحاديث فمعارَضةٌ بما روينا، فإما أن يُرجع إلى القياس، وهو لنا على المال والرجل، أو يُوفَّقَ بين الحديثين، فيُحمل ما رويناه على الحُرَّة العاقلةِ البالغة، وما رويتموه على الأَمَة توفيقاً، كيف وقد وَرَدَ في بعض الروايات: «أيُّما أَمَةٍ نكحتْ نَفسَها»[1]، فيُحمل المطلقُ على المقيَّد، أو يُرجَّح والترجيحُ معنا، لأن ما ذكرناه سَلِمَ عن الطَّعْن، وما رواه مطعونٌ فيه، فقد حُكي عن أبي العباس المروزي قال: سمعتُ يحيى بنَ معين يقول: ثلاثةُ أحاديث لم تثبت عن النبيِّ ﷺ: «كُلُّ مسكرٍ حرامٌ»[2]، «ومن مَسَّ

---

(١) الحديث بلفظ: «أمة» بيَّض له ابن قطلوبغا ص٢٧٨.

وانظر ما تقدم تخريجه ص٦١ بلفظ: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها».

(٢) أخرجه من حديث ابن عمر مسلم (٢٠٠٣) وهو في «المسند» (٤٦٤٤)، و«صحيح ابن حبان» (٥٣٦٦).

وفي الباب عن غير واحد من الصحابة في «الصحيح» وغيره، ذكرناها في «المسند» عند حديث ابن عمر. فانظرها هناك.

. . . .

ذكرَه فليتوضأ»[1]، «ولا نِكاحَ إلا بوليٍّ وشاهِدَي عدلٍ»[2]، ووافقه على ذٰلك أحمد بنُ حنبل وإسحاق بن راهويه، على أنا نقول: المرأة وليةُ نفسها، فلا يكون نكاحاً بلا وليٍّ، فلم قلتم: إنها ليست ولياً؟ ولو بيّنتم ذٰلك استغنيتُم عن الحديث، وكذلك الحديث الآخر، فإنه من روايةِ سليمان ابن يسار عن الزهري، وهو ضعيفٌ، ضعَّفه البخاري وأسقط روايَتَه. وروي أن مالكاً وابن جُريجٍ سألا الزهري عن هٰذا الحديث فلم يعرفه، والراوي إذا أنكر الخبرَ دلَّ على بطلانِه، كالأصول مع الفروع، ولأن من مذهب عائشةَ جوازَ النكاح بعبارة النساء، فإنها زوَّجت بنتَ أخيها عبدَ الرحمٰن حين غاب بالشام[3]، وذٰلك دليلٌ على عدم صحةِ الحديث وروايتِها له، أو على نسخِه، أو على رُجحان ما ذكرنا.

قوله: الحادث لها، رأيٌ ناقص، قلنا: المعتبر في باب الولايةِ مطلقُ العقل والبلوغ دون الزيادةِ والنقصان، فإن الناس يتفاوتون في الرأي والعقلِ تفاوتاً فاحشاً، ولا اعتبارَ به في باب الولايات، فإن كامل العقل والرأي ولايتُه على نفسِه ومالِه كولايةِ ناقصهما، وكم من النساء مَن يكون أوفر عقلاً وأسدَّ رأياً من كثير من الرجال، ولأن في

---

(١) سلف تخريجه ١/ ٥٥.

(٢) سلف تخريجه ص٣٦ ضمن حديث: «لا نكاح إلا بشهود».

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» ٢/ ٥٥٥، وعبد الرزاق (١١٩٠٠)، وابن أبي شيبة ٤/ ١٣٤.

اعتبار ذٰلك حَرَجاً عظيماً وهو حرجُ التمييز بين الناس، فعُلم أن المعتبر أصلُ البلوغِ والعقلِ، وقد وُجدا في المرأة، فيترتبُ عليهما ما يترتبُ عليهما في الرجل قياساً على المال.

قال: (**ولا إجبارَ على البِكْرِ البالغةِ في النّكاح**) لقوله عليه السلام: «البِكرُ تُستأمَر في نَفسِها فإن صَمَتَت فهو إذْنُها، وإن أبَتْ فلا جوازَ عليَها»[1]، وقال عليه السلام: «شاوِرُوا النساءَ في أَبضاعِهِنَّ»[2]، قالت

(١) أخرجه بلفظ: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت، فهو إذنها، وإن أبت، فلا جواز عليها» أحمد في «مسنده» (٧٥٢٧)، وأبو داود (٢٠٩٣)، والترمذي (١١٠٩)، والنسائي ٦/ ٨٧، وهو عند ابن حبان في «صحيحه» (٤٠٧٩). وهو حديث صحيح لغيره.

وأخرج البخاري (٦٩٤٦) عن عائشة قالت: قلت: يا رسول الله، يُستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: «نعم» قلت: فإن البكر تستأمر فتستحيي فتسكت، قال: «سكاتها إذنها». وهو في «المسند» (٢٤١٨٥). وانظره عند مسلم (١٤٢٠).

وأخرجه من حديث ابن عباس مسلم (١٤٢٠) بلفظ: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها». وهو في «المسند» (١٨٨٨)، و«صحيح ابن حبان» (٤٠٨٤).

وأخرجه من حديث أبي هريرة البخاري (٥١٣٦)، ومسلم (١٤١٩) بلفظ: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت». وهو في «المسند» (٧١٣١) و(٧٤٠٤).

وانظر لاحقيه.

(٢) أخرجه من حديث عدي بن عُفيرة الكندي البيهقي في «السنن الكبرى» ٧/ ١٢٣ بلفظ: «شاوروا النساء في أنفسهن». =

والسُّنَّةُ لِلولِيّ أن يَستأمِرَ البِكرَ قَبلَ النِّكاحِ ويَذكرَ لها الزَّوجَ فيقُولُ: إنَّ فُلانًا يَخطُبُكِ أو يَذكُرُكِ، فإذا سَكَتَت فقد رَضِيَت، . . . .

عائشة: يا رسولَ الله، إن البكرَ لتستحي، قال: «إذنُها صُماتُها»(١).

(**والسُّنَّةُ لِلولِيّ أن يَستأمِرَ البِكرَ قَبلَ النِّكاحِ، ويَذكرَ لها الزَّوجَ فيقُولُ: إنَّ فُلاناً يَخطُبُكِ أو يَذكُرُكِ، فإذا سَكَتَت فقد رَضِيَت**) لما روينا، فإذا زوَّجها من غير استئمارٍ فقد أخطأ السنة، فقد صحّ أنه ﷺ لما أراد أن يزوِّج فاطمةَ رضي الله عنها من عليٍّ رضي الله عنه، دنا إلى خِدْرِها فقال: «إنّ علياً يذكُرُكِ» ثُمَّ خَرَجَ فزَوَّجَها(٢).

= وأخرجه أحمد (١٧٧٢٤) بلفظ «أشيروا على النساء في أنفسهن» وهو حديث صحيح لغيره.

(١) أخرجه البخاري (٦٩٧١)، وابن حبان في «صحيحه» (٤٠٨٢)، وانظر تخريج لاحقيه.

(٢) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٨٠ وقال: رواه الإمام الأعظم أبو حنيفة رضي الله عنه عن عطاء، عن ابن عباس: أن النبي ﷺ كان يذكر لفاطمة أن علياً يذكرك. أخرجه الحارثي في «المسند».

وأخرج ابن سعد في «الطبقات» ٨/ ٢٠ عن وكيع بن الجراح، عن عباد بن منصور قال: سمعت عطاء يقول: خطب علي فاطمة، فقال لها رسول الله ﷺ: «إن علياً يذكرك، فسكتت فزوجها».

وأخرج أحمد في «مسنده» (٢٤٤٩٤) عن حسين بن محمد، عن أيوب بن عتبة، عن يحيى، عن أبي سلمة، عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ إذا أراد أن يزوج شيئاً من بناته جلس إلى خدرها، فقال: «إن فلاناً يذكر فلانة» يسمِّيها ويسمي الرجل الذي يذكرها، فإن هي سكتت زوجها، وإن كرهت نقرت السِّتر، =

ولو ضَحِكَت فهو إذْنٌ، ولو بكَتْ إن كان بِغَيرِ صَوتٍ فهو رِضاء، ولو استأذَنَها غيرُ الوَلِيّ فلا بُدَّ من القَولِ . . . .

(**ولو ضَحِكَت فهو إذْنٌ**) لأنه دليلُ الرضا، إلا إذا كانَ على وجه الاستهزاء.

(**ولو بكَتْ**) فيه روايتان، لأنه يكون عن سُرورٍ وعن حزنٍ، والمختار (**إن كان بِغَيرِ صَوتٍ فهو رِضاءٌ**) ويكون بكاءً على فراقِ الأهلِ، وكذا لو زوَّجها بغيرِ إذنها ثم بَلَغَها، يُعتبَر السكوتُ كما ذكرنا. والبلوغُ إليها: أن يُرسِل إليها وليُّها رسولاً يخبرُها بذٰلك، عدلاً كان أو غيرَ عدلٍ. فإن أخبرها فضوليٌّ فلا بدَّ من العدد أو العدالةِ، لأنه خبرٌ يشبه الشهادةَ من وجهٍ، فيشترط أحدُ وَصْفَي الشهادة. وعندهما: لا يُشترطُ ذٰلك، لأنه خبرٌ كسائر الأخبار.

وإن قال الوليُّ: أزوّجُكِ من فلانٍ أو فلانٍ، فسكتَتْ، فأيَّهما زوَّجها جاز. ولو سمَّى جماعةً إن كانوا يُحصَون فهو رضاءٌ، وإلا لا يكون رضاً. ولو استأمرَها فقالت: غيرُه أحبُّ إليَّ منه، لا يكون إذناً، ولو قالت ذٰلك بعد العقد، يكونُ إذناً، لأنه كلامٌ يحتملُ الإذنَ وعدَمَه، فلا يثبتُ الإذنُ قبل العقدِ بالشكّ، ولا يبطلُ العقدُ بالشك.

(**ولو استأذَنَها غيرُ الوَلِيّ فلا بُدَّ من القَولِ**) لأن السكوتَ إنما جُعل رضاً عند الحاجة، وهو استئمارُ الوليِّ وعجزُها عن المباشرةِ، فلا

= فإذا نقرته لم يزوجها. وإسناده ضعيف لضعف أيوب بن عتبة. وقد بسطنا الكلام عليه في «المسند» وذكرنا له بعض الشواهد فانظرها هناك.

يقاس عليه عدمُ الحاجة، وهو مَن لا يملك العقدَ، ولا التفاتَ إلى كلامِه.

قال: (وإذْنُ الثيِّبِ بالقَولِ) قال عليه السلام: «الثَّيِّبُ تُستأمَر»[1]، أي: يُطلَبُ أمرُها، والأمرُ بالقول. وقال في حقّ البكر: «تُستَأذَن»[2] أي: يُطلب الإذنُ منها، والإذنُ والرِّضا، يكون بالسكوت، وقال عليه السلام: «والثيِّبُ يُعرِبُ عنها لسانُها»[3]، ولأن السكوتَ إنما جُعل إذناً لمكان الحياء المانع من النطق المختصِّ بالأبكار، أو يكون فيهنَّ أكثر، فلا يُقاس عليها الثيب.

قال: (وينبغي أن يُذكَر لها الزَّوجُ بما تَعرِفُه) لعدم تحقُّق الرضا بالمجهول. وقال بعضهم: يُشترط تسميةُ قَدْرِ الصَّداق أيضاً، لاختلاف الرَّغَبات باختلافِه.

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري (٦٩٦٨)، وهو في «المسند» (٧٤٠٤). وهو عند مسلم (١٤١٩) بلفظ: «لا تنكح الأيِّمُ حتى تستأمر...».
وانظر ما سلف تخريجه ص٦٧ تعليق رقم (١).

(٢) سلف تخريجه ص٦٧ تحت حديث: «البكر تستأمر...».

(٣) حديث صحيح لغيره، أخرجه ابن ماجه (١٨٧٢)، وهو في «المسند» (١٧٧٢٢) من طريق عبد الله بن عبد الرحمٰن، عن عدي بن عدي الكندي، عن أبيه عدي بن عميرة الكندي، عن رسول الله ﷺ قال: «الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها». وإسناده ضعيف لانقطاعه فإن عدي لم يسمع من أبيه. وانظر تمام تخريجه والكلام عليه في «المسند».

فإن زَالَتْ بكارَتُها بوَثبَةٍ أو جِرَاحةٍ أو تَعنِيسٍ أو حَيضٍ فهي بِكْرٌ، وكذٰلِكَ إن زَالَت بزِنَى (سم). **ولو قال الزَّوجُ: بَلَغَكِ النّكاحُ فَسَكَتٍّ، فقالت: بل رَدَدْتُ، فالقولُ قولُها، ولا يمينَ عليها** (سم)، . . . .

قال: (**فإن زَالَتْ بكارَتُها بوَثبَةٍ أو جِرَاحةٍ أو تَعنِيسٍ أو حَيضٍ فهي بِكْرٌ**) لأنها في حكمِ الأبكار، حتى تدخلُ تحتَ الوصيةِ لهم بالإجماع، ومُصيبها أوّلُ مُصيبٍ.

(**وكذٰلِكَ إن زَالَت بِزِنَى**) عند أبي حنيفة، وقالا: تزوَّجُ كما تزوَّجُ الثيبُ، لأن مُصيبَها عائدٌ إليها، إذ هو من التثويب، وهو العَودُ مرّةً بعد أخرى، وله: أنه لو اشتَرَطَ نُطقَها فإن لم تَنْطِقْ تفوتُها مصلحةُ النكاح، وإن نَطَقَتْ والناسُ يعرفونَها بكراً، فتتضرَّرُ باشتهارِ الزِّنَى عنها، فيكون حياؤُها أكثرَ، فتتضرَّرُ على كل حالٍ، فوجب أن لا يُشتَرَطَ دفعاً للضرر عنها، حتى لو كانت مشتهرةً بذٰلك بأن أُقيم عليها الحدُّ أو اعتادَته وتكرَّر منها، أو قُضِي عليها بالعدَّة، تُستنطَقُ بالإجماع، لزوال الحياءِ وعدم التضرُّرِ بالنطق.

ولو مات زوجُ البِكر أو طلَّقها قبلَ الدخول تزوَّجُ كالأبكار، لبقاء البكارةِ والحياءِ.

(**ولو قال الزَّوجُ: بَلَغَكِ النّكاحُ فَسَكَتٍّ، فقالت: بل رَدَدْتُ، فالقولُ قولُها**) لأنها منكرةٌ بِمُلْكِ بُضعِها، والبينةُ بينتُه لأنه يدَّعيه. (**ولا يمينَ عليها**) عند أبي حنيفةَ، خلافاً لهما، وقد مرَّ في الدعوى، ولو ادّعت ردَّ النكاح حين أدركَتْ، وادَّعى الزوجُ السكوتَ، فالقول قوله، لأنه منكِرُ زوالَ ملكِه عنها.

وإن زوَّجت نفسَها وزوَّجا الوليُّ برضاها، فأيَّهما قالت هو الأوّلُ، صحَّ، لصحةِ إقرارِها على نفسِها دون إقرارِ الأب. وإن قالت: لا أدري، لم يثبت واحدٌ منهما، لعدم إمكانِ الجمع، وعدمِ أولوية أحدِهما. ولو تزوَّجها على أنها بكرٌ، فوجدها ثيباً، يجبُ جميعُ المهر، لأن البكارةَ لا تصيرُ مستحقةً بالنكاح.

ولو زوَّجها وليُّها، فبلغها فردَّتْ، ثم قال لها: إن جماعةً يخطُبُونكِ، فقالت: أنا راضيةٌ بما تفعل، فزوَّجها الأوّلَ، لا يجوز، لأن قولَها: أنا راضيةٌ بما تفعلُ ينصرفُ إلى غيرِه دِلالةً. ومثله لو قال لرجل: كرهتُ صحبةَ فلانةٍ، فطلقتُها، فزوِّجني امرأةً، فزوَّجه تلكَ المرأةَ، لا يجوز. وكذٰلك لو باعَ عبدَه، ثم أمرَ إنساناً أن يشتريَ له عبداً، فاشترى ذٰلك العبدَ، لا يجوز.

قال: (**ويجُوزُ للوَلِيّ إنكاحُ الصَّغيرِ والصَّغيرةِ والمجنونَةِ**) لقوله عليه السلام: «ألا لا يُزوِّجُ النساءَ إلا الأولياءُ، ولا يزوَّجْنَ إلا من الأكفَاءِ»[1]،

(١) أخرجه من حديث جابر أبو يعلى (٢٠٩٤)، والعقيلي في «الضعفاء» ٤/ ٢٣٥، وابن حبان في «المجروحين» ٣/ ٣١، والطبراني في «الأوسط» (٣)، وابن عدي ٦/ ٢٤١١ و٢٤١٢، والدارقطني (٣٦٠١)، والبيهقي ٧/ ١٣٣ بلفظ: «لا تُنكح النساء إلا من الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم». وفي سنده مبشر بن عبيد وهو متروك.

وأخرج أحمد في «مسنده» (٨٢٨)، والترمذي في «سننه» (١٧١) من طريق سعيد بن عبد الله الجُهني، عن محمد بن علي بن أبي طالب، عن أبيه، عن علي: =

وقال عليه السلام: «النِّكاحُ إلى العَصَبَاتِ»[1]، والبالغاتُ خرجنَ بما سَبَقَ من الأحاديث، فبقي الصغار. والنبيُّ عليه السلام تزوَّج عائشةَ رضي الله عنها وهي بنتُ سبعِ سنينَ، وبنى بها وهي بنتُ تسعٍ[2]. وعليٌّ رضي الله عنه زوَّج ابنتَه أمَّ كلثومٍ من عُمر رضي الله عنه وهي صغيرةٌ، ولأن النكاحَ يتضمَّنُ المصالحَ، وذٰلك يكون بين المتكافئَين، والكُفْءُ لا يتفقُ في كلِّ وقت، فمسَّتِ الحاجةُ إلى إثباتِ الولايةِ على الصغار، تحصيلاً للمصلحةِ وإعداداً للكُفْءِ إلى وقتِ الحاجةِ،

= أن النبي ﷺ قال: يا علي، ثلاث لا تؤخرها: الصلاة إذا آنت، والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت كفئاً». وإسناده ضعيف لجهالة حال سعيد بن عبد الله الجهني.

(١) قال ابن قطلوبغا ص٢٨٠: قال مخرجو أحاديث «الهداية»: لم نجده، وقال الزيلعي شارح «الكنز»، والكاكي شارح «الهداية»: ذكره سبط ابن الجوزي في كتابه «إيثار الانتصاف» قال ابن قطلوبغا: قلت: نعم ذكره في كتابه، لٰكن لم يبد له سنداً، ولا عزاه إلى كتاب من كتب الحديث ولا إلى مخرج، وإنما قال: ولنا ما روى علي رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً إلى النبي ﷺ أنه قال: «الإنكاح إلى العصبات». انتهى.

(٢) أخرجه بهٰذا اللفظ مسلم (١٤٢٢) (٧١)، وهو في «المسند» (٢٦٣٩٧). من حديث عائشة.

وهو عند البخاري (٣٨٩٤)، ومسلم (١٤٢٢) (٦٩) و(٧٠) و(٧٢)، وفي «المسند» (٢٤٨٦٧)، و«صحيح ابن حبان» (٧٠٩٧). أنه ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين... الحديث.

ثُمَّ إن كان المُزَوِّجُ أباً أو جَدّاً، فلا خِيارَ لهما بعدَ البُلُوغِ، وإن زَوَّجَهُما غيرُهما فلهُما الخِيارُ (س).

والقرابةُ موجبةٌ للنظر والشفقةِ، فينتظمُ الجميع، إلا أن شفقةَ الأبِ والجَدِّ أكثرُ، فيكون عقدُهما لازماً لا خيارَ فيه، وشفقةُ غيرِهما لما قصُرت عنهما، قلنا بالانعقاد وثبوتِ الخيارِ عند البلوغ، فإن رآه غيرَ مصلحةٍ فسَخَه.

(**ثُمَّ إن كان المُزَوِّجُ أباً أو جَدّاً، فلا خِيارَ لهما بعدَ البُلُوغِ**) لوفور شَفَقَتِهما وشدَّةِ حِرصِهما على نفعهم، فكأنهم باشَروه بأنفُسهم، ولأن النبيَّ عليه السلام ما خيَّر عائشةَ حين بَلَغَتْ.

(**وإن زَوَّجَهُما غيرُهما فلهُما الخِيارُ**) إن شاءا أقاما على النِّكاح، وإن شاءا فَسَخا. وقال أبو يوسف: لا خِيارَ لهما، كالأب والجَدِّ. وجوابُه ما ذكرنا من قُصور شَفَقَتِهم عن شفقةِ الأبِ والجَدِّ، وذلك مَظِنَّةُ وقوعِ الخَلَل في المقصود من النكاح، فيثبتُ الخيارُ لدفع الخلل لو كان، ثم سكوتُ البكر عند بُلوغها رضاً إذا عَلِمت بالنكاح، ولا يمتدُّ إلى آخرِ المجلس كما في الابتداء، ولو بَلَغَتْ بعد الدخول، فلا بدَّ من القول والتصريحِ بالرضا، أو بالرد، لأنها ثيبٌ كما في الابتداء، وكذلك الغلام.

ولا بدَّ في الفسخ من القضاءِ، لأن العقدَ قد تمَّ وثبتت أحكامُه، فلا يرتفعُ إلا برفعِ مَن له ولايةٌ وهو القاضي، أو بتراضيهما، ولأنه لدفع ضررٍ خفيٍّ، وهو وقوعُ الخلل في العقدِ، فيكون إلزاماً، فاحتاج

إلى القضاء، ويشمل الذَّكرَ والأنثى لشمول المعنى لهما، ويُشترط عِلمُهما بالنكاح دون الحُكم، لأن العقدَ ينفردُ به الوليُّ، فيُعذَران في الجهل. أما الحُكم فالدارُ دارُ الإسلام، فلا عذرَ في الجهل، بخِلاف خيارِ العِتق حيثُ لا يحتاج إلى القضاء، لأنه لدفع ضررٍ ظاهرٍ، وهو زيادةُ الملكِ، ويقتصرُ على الأنثى، لأن زيادةَ الملكِ في حقِّها دونَه، ويمتدُّ إلى آخِر المجلس، لأنه جوابُ التمليك، قال عليه السلام: «مَلَكتِ بُضْعَكِ فاختاري»[1]، وتعذَّر في الجهل بحُكم الخِيار، لأنها مشغولةٌ بخدمةِ المولى، فلا تتفرَّغُ للعِلم، وإذا اختارت الفسخَ في خِيار البلوغ، ففرَّق القاضي، فهي فُرقةٌ بغير طلاق، لأنه فسخٌ ثبت ضرورةَ دفعِ اللزوم، فلا يكون طلاقاً، ولهٰذا يثبتُ لها، ولا مهرَ لها إن كان قبل الدخول، لأن المرادَ من الفسخ رفعُ مَؤُونات العقدِ، وإن كان

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣٧٦٠) من طريق محمد بن إسحاق، عن أبان بن صالح، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال لبريرة: «اذهبي فقد عتق معك بضعك». محمد بن إسحاق مدلس وقد عنعن.

وأخرجه مرسلاً ابن سعد في «الطبقات» ٨/ ٢٥٩ عن عبد الوهاب بن عطاء، عن داود بن أبي هند، عن عامر الشعبي: أن نبي الله ﷺ قال لبريرة لما أعتقت: «قد أعتق بضعك معك فاختاري». ورجاله ثقات.

وانظر حديث بريرة عندما أرادت عائشة أن تشتريها في «الصحيحين» حيث خيرها النبي ﷺ أن تبقى تحت زوجها أو تفارقه. أخرجه البخاري (٥٠٩٧) و(٥٢٧٩) و(٥٤٣٠)، ومسلم (١٥٠٤) (٩) و(١٠) و(١٢).

ولا خِيارَ لأحَدِ الزَّوجَينِ في عَيبٍ إلاَّ في الجَبِّ والعُنَّةِ والخِصَاءِ. والوَلِيُّ: العَصَبةُ على تَرتِيبِهم في الإرثِ والحَجْبِ ثُمَّ مولى العَتاقَةِ. وللأمِّ وأقارِبِها التَّزوِيجُ، ثُمَّ مولى المُوالاةِ، ثُمَّ القاضي (سم).

بعدَ الدخول فلها المسمَّى، لأنه استوفى المعقودَ عليه. وكذا لو اختار الغلامُ قبل الدخول لا مهرَ عليه، وليس لنا فُرقةٌ جاءت من قِبَل الزوج، ولا مهرَ عليه إلا هٰذه. والوجه فيه أنه لو وَجَبَ المهرُ لما كان في الخِيار فائدةٌ، لأنه قادرٌ على الفُرقةِ بالطلاق، فلما ثَبَتَ الخِيارُ علمنا أنه ثبت لفائدة وهي سقوطُ المهر. ولو مات أحدُهما قبلَ البلوغ أو بعدَه قبل التفريق وَرِثَه الآخرُ لصحة العقدِ وثبوتِ الملكِ به، وقد انتهى بالموت.

(**ولا خِيارَ لأحَدِ الزَّوجَينِ في عَيبٍ إلاَّ في الجَبِّ والعُنَّةِ والخِصَاءِ**) على ما يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

قال: (**والوَلِيُّ: العَصَبةُ**) لقوله عليه السلام: «النِّكاحُ إلى العَصَباتِ»[1]، وهم (**على تَرتِيبِهم في الإرثِ والحَجْبِ، ثُمَّ مولى العَتاقَةِ**) لأنه آخرُ العَصَبات على ما يُعرف في الفرائضِ إن شاء الله تعالى.

قال: (**وللأمِّ وأقارِبِها التَّزوِيجُ، ثُمَّ مولى المُوالاةِ، ثُمَّ القاضي**) أما الأم وأقاربُها فمذهبُ أبي حنيفة، وروي عنه ـ وهو قولهما ـ: ليس لهم ذٰلك، لما روينا، ولأن الولايةَ ثبتت دفعاً للعار بعدم الكُفءِ. وذٰلك إلى العَصَبات لأنهم هم الذين يُعيَّرون بذٰلك. ولأبي حنيفة: أن الأصل في هٰذه الولايةِ إنما هو القرابةُ الداعيةُ إلى الشَّفقةِ والنظرِ في حقّ

---

(١) سلف تخريجه ص٧٣.

المُوَلّى عليه، وذلك يتحقَّقُ في كلِّ مَن هو مختصٌّ بالقرابة. وشفقةُ الأم أكثرُ من شفقةِ غيرِها من الأباعد من أبناء الأعمام، وكذلك شفقةُ الجَدِّ لأمٍّ والأخوالِ، ولأن الأم أحدُ الأبوين فتثبت الولايةُ لها كالآخر، وهو مرويٌّ عن عليٍّ وابن مسعود. والأصلُ أن كل قرابة يتعلق بها الإرثُ يتعلق بها ثبوتُ الولاية، لأنها داعيةٌ إلى الشفقةِ والنظرِ كالعَصَبات، إلا أنهم تأخَّروا عن العَصَبات لضعف الرأي وبُعدِ القرابة، كما في الإرث، وأما الحديث فإنه يقتضي النكاحَ إلى العصباتِ عند وجودهم، أما عند عدمِهم فالحديثُ ساكت عنه، فنقول: ينتقل إلى من هو في معنى العَصَبات في الشفقة، فلا يكون حجةً علينا بل لنا، وتمامُه يُعرَف في الفرائض في فصل ذوي الأرحام.

وأما مولى المُوالاة فلأنه وارثٌ مؤخَّرٌ عن ذوي الأرحام، فكذا في الولاية، ولأنه عَصَبةٌ على ما يُعرفُ في الفرائض.

وأما القاضي فلقوله عليه السلام: «السُّلطانُ وليُّ مَن لا وَليَّ له»(١).

قال: **(ولا وِلايةَ لِعبدٍ ولا صغيرٍ ولا مجنُونٍ ولا كافرٍ على مُسلِمةٍ)** أما العبدُ فلأنه لا ولايةَ له على نفسِه، فكيف يلي غيرَه؟ وكذلك الصبيُّ والمجنونُ لأنهما لا نَظَرَ لهما ولا خبرةَ، وهذه ولايةٌ نظريةٌ. وأما الكافرُ فإن الولايةَ تقتضي نفوذَ قول الوليِّ على المُوَلَّى عليه، ولا نفاذ

---

(١) هو حديث: «أيما امرأة نكحت نفسها...». وقد سلف تخريجه ص٦١.

وابنُ المجنُونةِ يُقدَّمُ على أبِيها (م)، وإذا غابَ الولِيُّ الأقرَبُ غَيبةً لا يَنتظِرُ الكُفءُ الخاطِبُ حُضُورَه زوَّجها الأبعدُ (ز)، . . . .

لقول الكافرِ على المسلمِ، كما في الشهادة، قال تعالى: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ١٤١]، وتثبت له الولايةُ على ولده الكافر، قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾ [الأنفال: ٧٣]، ولهٰذا تُقبلُ شهادةُ بعضهم على بعض.

قال: (**وابنُ المجنُونةِ يُقدَّمُ على أبِيها**) في ولاية النكاح. وقال محمد: يقدَّم الأبُ لأنه أشفقُ، ولهما أن التقديم هنا بالعُصوبةِ، والابنُ مقدَّم في العصوبة كما في الإرث.

قال: (**وإذا غابَ الوليُّ الأقرَبُ غَيبةً لا يَنتظِرُ الكُفءُ الخاطِبُ حُضُورَه زوَّجها الأبعدُ**) والمرادُ الغيبةُ المنقطعة، واختلفوا فيها، فعن أبي يوسف: مسيرةُ شهرٍ، وعن محمد: من الكوفةِ إلى الرَّيِّ خمسَ عشرةَ[1] مرحلةً، وعنه من بغدادَ إلى الرَّيِّ عشرون مرحلةً. وحصّل[2] ابنُ شجاع ذٰلك فقال: إذا كان في موضعٍ لا تصلُ إليه القوافلُ والرسلُ في السَّنَةِ إلا مرةً واحدة فهي غَيبةٌ منقطعةٌ. قال القُدوري: وهٰذا صحيحٌ، لأن الخاطبَ لا ينتظرُ سنةً، ولا يعلمُ هل يجيبُ الوليُّ أم لا، وقد ينتظرُ بعضَ السنة، فلذٰلك قدَّروه بهٰذا. وقال زُفر: إذا كان في مكانٍ لا يُدرى أينَ هو فهي غيبةٌ منقطعةٌ، وهٰذا حسنٌ، لأنه إذا كان لا

---

(١) في (س): خمسة وعشرين، والمثبت من (م).

(٢) في (م): وحصر، والمثبت من (س).

يُدرى أين هو لا يمكن استطلاعُ رأيِه، فتفوت المصلحةُ، وقيل: ثلاثةُ أيام، والمختار ما ذكره في «الكتاب» لأنه تفوت المصلحةُ باستطلاع رأيِه وانتظاره. وقال زفر: لا يزوِّجُها الأبعدُ، لأن ولايةَ الأقرب قائمةٌ، حتى لو زوَّجها حيث هو جاز. ولنا أنه لو لم ينتقل إلى الأبعدِ تتضررُ الصغيرةُ، لأنه يفوت الكُفْءُ الحاضرُ، وقد لا يتفقُ الكُفءُ مرةً أخرى، فوجب أن ينتقل دفعاً لهذا الضَّرر، ولأن الغائبَ عاجزٌ عن تدبير مصالحِ النكاح، فيفوتُ مقصودُ الولاية، لأنها نظريةٌ، ولا نَظَرَ في ذلك. وأما إذا زوَّجها ففيه روايتان، قيل: لا يجوزُ لانقطاع ولايتهِ، وقيل: يجوزُ لظهور الانتفاع برأيِه، ولأنا إنما أسقطنا ولايتَه دفعاً للضَّرر عن الصغيرةِ، فإذا زوَّجها ارتفع الضررُ فعادت ولايتُه بعدَ ارتفاعها، ولا ينتقل إلى السلطان، لأنه وليُّ مَن لا وليَّ له بالحديث. وهٰذه لها أولياءُ إذ الكلام فيه.

قال: (ولو زوَّجَها وَليَّانِ فالأوَّلُ أولى) لقوله عليه السلام: «إذا أَنكَحَ الوليان فالأولُ أولى»[1]، ولأنه لمَّا سَبَقَ فقد صحَّ، فلا يجوزُ

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٨٨)، والترمذي (١١١٠)، والنسائي في «المجتبى» ٧/ ٣١٤، وفي «الكبرى» (٦٢٣٤) و(٦٢٣٥) من حديث سمرة بن جندب. وهو في «مسند أحمد» (٢٠٠٨٥). وقرن النسائي في «الكبرى» (٦٢٣٥) بسمرة عقبة بن عامر. وإسناده ضعيف، فهو من رواية الحسن البصري عن سمرة، والحسن لم يصرح بسماعه منه.

وأخرجه من طريق الحسن عن عقبة وحده أحمد (١٧٣٤٩) ولم يصرح الحسن أيضاً بسماعه، ومع ذٰلك فقد حسنه الترمذي (١١١٠)، وقال: والعمل=

وإن كانا معاً بَطَلا.

ويجُوزُ للأبِ والجَدّ أن يُزَوِّجَ ابنَه بأكثرَ من مَهرِ المِثْلِ وابنَتَه بأقَلَّ (سم)، ومن غيرِ كُفْءٍ، ولا يجُوزُ ذٰلكَ لغيرِهما، . . . .

نكاحُ الثاني، وهٰذا لأن سببَ الولايةِ القرابةُ، وهي لا تتجزأ، والحكمُ الثابت به أيضاً لا يتجزأ، فصار كلُّ واحد منهما كالمنفرِدِ، فأيُّهما عَقَدَ جاز، كالأمان.

(**وإن كانا معاً بَطَلا**) لتعذُّر الجمع وعدمِ أولويَّةِ أحدِهما.

قال: (**ويجُوزُ للأبِ والجَدّ أن يُزَوِّجَ ابنَه بأكثرَ من مَهرِ المِثْلِ، وابنَتَه بأقَلَّ ومن غيرِ كُفْءٍ، ولا يجُوزُ ذٰلكَ لغيرِهما**) وقالا: لا يجوزَ ذٰلك للأب والجَدِّ أيضاً، إلا أن يكون نقصاناً يُتغابن في مثله، ولا ينعقد العقدُ عندهما، لأن هٰذه الولايةَ نظريةٌ، ولا نَظَرَ في ذٰلك، ولهٰذا لا يجوز ذٰلك في المال. ولأبي حنيفةَ: أن النكاح عقدُ عُمْرٍ، وهو يشتمل على مقاصدَ وأغراضٍ ومصالحَ باطنةٍ، فالظاهر أن الأب مع وفور شَفَقتِه وكمالِ رأيِه ما أقدم على هٰذا النقص إلا لمصلحةٍ تربو وتزيدُ عليه، وهي أنفعُ من القَدْر الفائت من المال والكفاءةِ، بخلاف المال، لأن المقصودَ الماليةُ لا غير، وبخلاف غيرِ الأب والجَدِّ، لأنهم أنقصُ شفقةً، وبخلاف ما إذا زوَّجَ أمَةَ الصغيرِ لعدم الجابرِ في حقِّه، لأن مقاصد النكاح لم تحصل للصغير، وبخلافِ ما إذا تزوّجت المرأةُ

= عليه عند أهل العلم، وصححه أيضاً الحاكم ٢/ ١٧٤-١٧٥، وأبو زرعة وأبو حاتم كما في «التلخيص الحبير» لابن حجر ٣/ ١٦٥.

والواحدُ يتَوَلى طَرَفي النكاح وَلياً كان أو وكيلاً، أو وَلياً ووكيلاً أو أصِيلاً ووكيلاً، أو وَلياً وأصيلاً. . . . .

وقصَّرت في مهرها، حيث للأولياء الاعتراضُ عليها عنده حتى يُتمِّم[1] لها مهرَ مثلها أو يفارقَها، لأنها سريعةُ الانخداع، ضعيفةُ الرأي، فتفعل ذٰلك متابعةً للهوى لا لتحصيل المقاصِدِ، لأن النساء قلَّما ينظرن في عواقِبِ الأمور ومصالِحِها. وقال أبو يوسف ومحمد: لا اعتراضَ عليها، لأن المهرَ حقُّها، ولهٰذا كان لها أن تَهَبَه، فلأن تَنقُصَه أولى. ولأبي حنيفة: أن المهرَ إلى عشرة دراهمَ حقُّ الشرع فلا يجوز التنقيصُ منه شرعاً، حتى لو سمَّى أقلَّ من عشرةٍ فلها عشرةٌ، وإلى مهرِ مثلها حقُّ الأولياء، لأنهم يُعيَّرون بذٰلك، فلهم مخاصمتُها إلى تمامِه، والاستيفاء حقُّها، فإن شاءت قبضَتْه وإن شاءت وَهَبَتْه.

قال: (**والواحدُ يتَوَلى طَرَفي النكاح وَلياً كان أو وكيلاً، أو وَلياً ووكيلاً، أو أصِيلاً ووكيلاً، أو وَلياً وأصيلاً**) أما الوليُّ من الجانبين: كمن زوَّج ابنَ ابنِه بنتَ ابنٍ له آخرَ، أو بنتَ أخيه ابنَ أخٍ له آخرَ، أو أَمَتَه عبدَه، ونحو ذٰلك. والوكيلُ ظاهر. وأما الوليُّ والوكيلُ: بأن وكَّله رجلٌ أن يزوِّجَه بنتَه الصغيرةَ، أو وكَّلتْه امرأةٌ أن يزوِّجها من ابنهِ الصغير. وأما الوكيلُ والأصيلُ: بأن وكَّلته امرأةٌ أن يزوّجها من نفسِه. وأما الوليُّ والأصيل: أن يزوِّج ابنةَ عمِّه الصغيرةَ من نفسِه، وصورته: أن يقول: اشهدوا أني زوَّجتُ فلانةَ من فلانٍ، أو فلانةَ منِّي، أو

---

(١) في (م): يُتمَّ، والمثبت من (س).

ويَنعَقِدُ نِكاحُ الفُضُولِيِّ موقُوفاً كالبيعِ إذا كانَ من جانبٍ واحدٍ، أمَّا من جانِبَينِ (س) أو فُضُولِيّاً من جانبٍ أصيلاً من جانِبٍ فلا.

تزوّجتُ فلانةَ، ولا يحتاج إلى القَبول لأنه تضمَّن الشرطين. وقال زفر: لا يجوز ذٰلك لأنه لا يمكنُ أن يكون الواحدُ مملِّكاً متملِّكاً كالبيع. ولنا أنه معبِّرٌ وسفيرٌ، والمانع من ذٰلك في البيع رجوعُ الحقوق إلى العاقِدِ، فيجري فيه التمانُع، لأنه لا يمكن أن يكون الواحدُ مُطالِباً وَمطالَباً في حقٍّ واحد، وهنا الحقوق لا ترجعُ إليه فلا تَمانُعَ.

قال: (**ويَنعَقِدُ نِكاحُ الفُضُولِيِّ موقُوفاً كالبيعِ إذا كانَ من جانبٍ واحدٍ، أمَّا من جانِبَينِ أو فُضُولِيّاً من جانبٍ أصيلاً من جانِبٍ فلا**) أما الفضوليُّ من جانب: بأن يزوِّجَ امرأةً بغير أمرِها رجلاً وقَبلَ الرجلُ، أو رجلاً بغيرِ أمره امرأةً فقَبِلَتْ، فإنه ينعقدُ ويتوقف على إجازةِ الغائب. وأما من الجانبين: فهو أن يقول: اشهدوا أني زوَّجتُ فلانةَ من فلانٍ، وهما غائبان بغير أمرِهما، فهٰذا لا ينعقدُ. وقال أبو يوسف: ينعقدُ موقوفاً على إجازتِهما. والفضوليُّ من جانبٍ أصيلٌ من جانبٍ: بأن يقول الرجل: اشهَدوا أني قد تزوّجتُ فلانةَ، وهي غائبةٌ، ولم يَقْبَلْ عنها أحدٌ، فهٰذا أيضاً على الخلاف.

ولو جرى بين فضوليَّين جاز باتفاقنا، وذكرنا في البيوع الدليلَ على انعقاد تصرُّفات الفُضولي. لأبي يوسفَ في الخلافية: أنه لو كان وكيلاً انعقدَ ونَفَذَ، فإذا كان فضولياً ينعقدُ ويقفُ، ولهما: أن هٰذا شَطْرُ العقد، فلا يتوقفُ على ما وراءَ المجلسِ كما إذا كان أصيلاً، بخلاف الوكيلِ لأنه معبِّرٌ، فينتقل كلامُه إليهما، وكلام الفضوليَّين عقدٌ تامٌّ، فلا

يقاس عليه، ولو زوَّجَ الأبُ ابنَه الكبير، فجُنَّ قبلَ الإجازةِ، فأجازَه الأبُ جاز ونَفَذَ لثبوت الولايةِ عليه وقتَ الإجازة.

فصل

(والكَفاءَةُ تُعتَبَرُ في النِّكاحِ) وتُعتبر في الرجال للنساء، للُزومِه في حقهنَّ، ولأن الشريفةَ تُعيَّرَ ويَغيظُها كونها مستفرَشَةً للخسيس، ولا كذلك الرجلُ، لأنه هو المستفرِشُ. والأصل فيه قوله عليه السلام: «ألا لا يزوِّجُ النساءَ إلا الأولياء، ولا يزوَّجْنَ إلا من الأكْفاء»[1]، ولأن المصالحَ إنما تتمُّ بين المتكافِئَين غالباً، فيُشترطُ ليتمَّ المقصودُ منه.

قال: وتُعتبر (في النَّسَبِ) فقريشٌ بعضُهم أكفاءٌ لبعض، لا يكافئُهم غيرُهم من العرب، والعرب بعضهم أكفاءٌ لبعض، لا يكافئُهم المَوَالي، قال عليه السلام: «قريشٌ بعضهم أكفاءٌ لبعض، والعربُ بعضُهم أكفاءٌ لبعض»[2]، وقال عليه السلام: «والمَوالي بعضُهم أكفاءٌ

(١) حديث ضعيف، وقد سلف ص٧٢.

(٢) حديث ضعيف، أخرجه ابن عدي في «الكامل» ٥/ ١٨٥٢ في ترجمة علي بن عروة، والبيهقي ٧/ ١٣٤، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (١٠١٧) و(١٠١٨) و(١٠١٩) من طرق ضعيفة عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً. قال ابن عبد البر في «التمهيد» ١٩/ ١٦٥: حديث منكر موضوع. =

لبعض»[1]، ولا يُعتبر التفاضلُ في قريش وإن كان أفضَلهم بنو هاشم لما روينا، ولأن النبيَّ ﷺ زوَّجَ ابنتَه عثمانَ وكان عَبْشَمياً أُمَويّاً، وعليٌّ رضي الله عنه زوَّجَ ابنتَه عمرَ وكان عَدَوياً. قال محمد: إلا أن يكون شيئاً مشهوراً كبيتِ الخِلافةِ تعظيماً لهما.

قال: (وفي الدِّين والتَّقوَى) حتى إن بنتَ الرجل الصالحِ لو تزوّجتْ فاسقاً كان للأولياء الردُّ، لأنه من أفحش[2] الأشياء وأنها تُعيَّرُ بذلك، وقوله عليه السلام: «عليكَ بذاتِ الدِّين تَرِبَتْ يداك»[3] إشارةٌ إلى أنه أبلَغُ في المقصود. وقال محمد: لا يُعتبَرُ إلا أن يكون فاحشاً، كمن يُصفَعُ ويُسخَر منه أو يَخرُجُ سكران ويلعبُ به الصِّبيان، لأنه من أمورِ الآخرة فلا يبتني عليه أحكامُ الدنيا، ولأن الأميرَ النسيبَ كُفْءٌ للدَّنيَّةِ، وإن كان لا يُبالي بما يقولون فيه ولا يلحَقُها به شَينٌ، بخلاف

= وأخرجه البزار (٢٦٧٧) من حديث معاذ دون ذكر قريش. قال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ٢٧٥: وفيه سليمان بن أبي الجون ولم أجد من ذكره، وبقية رجاله رجال الصحيح. وضعفه الحافظ في «الفتح» ٩/ ١٣٣.

وأخرجه البيهقي ٧/ ١٣٤-١٣٥ من حديث عائشة، وضعفه.

وانظر «نصب الراية» للزيلعي ٣/ ١٩٧ و١٩٨.

(١) هو قطعة من الحديث السابق.

(٢) في (س): أفخر! والمثبت من (م).

(٣) أخرجه البخاري (٥٠٩٠)، ومسلم (١٤٦٦) من حديث أبي هريرة. وهو في «مسند أحمد» (٩٥٢١)، و«صحيح ابن حبان» (٤٠٣٦).

وفي الصَّنائعِ، وفي الحُرِّيَّةِ، وفي المالِ. ....

الفاحشِ لأنه يلحِقُها به شَينٌ. وعن أبي يوسف: إذا كان الفاسقُ ذا مُروءَةٍ فهو كفءٌ، وهو أن يكون مستتراً، لأنه لا يَظهرُ فلا يلتحقُ بها الشَّين.

قال: (وفي الصَّنائعِ) لأن الناسَ يُعيِّرون بالدَّنيءِ منها. وعن أبي حنيفة: أنه غيرُ معتبَر، فإنه يمكنه الانتقالُ عنها، فليست وصفاً لازماً. وعن أبي يوسف: لا يُعتبر إلا أن يفحُشَ كالحائِكِ والحَجَّام والكَنَّاس والدَّبَّاغ، فإنه لا يكون كُفؤاً لبنت البزَّاز والعَطَّار والصَّيْرفي والجَوْهري.

قال: (وفي الحُرِّيَّةِ) فلا يكون العبدُ كُفُؤاً للحرَّةِ، لأنها تُعيَّر به فإنه نقصٌ وشَينٌ.

قال: (وفي المالِ) وهو مُلْكُ النفقةِ والمهرِ المعجَّل في ظاهرِ الرواية، حتى لو وُجد أحدُهما دون الآخر لا يكونُ كفؤاً، لأن بالنفقةِ تقوم مصالحُ النكاحِ ويدومُ الازدواجُ، فلا بدَّ منه، والمهرُ بَدَلُ البُضْع، فلا بدَّ من إيفائِه، والمرادُ به: ما تعارَفَ الناسُ تعجيلَه، حتى يسمُّونَه نقداً، والباقي بعدَه تعارفوه مؤجّلاً. وعن أبي يوسف: إذا كان يملكُ المهرَ دون النفقةِ ليس بكُفءٍ، وإن كان يملكُ النفقةَ دون المهرِ فهو كفءٌ، لأن المهرَ تجري فيه المساهلةُ، ويُعدُّ الرجلُ قادراً عليه بقُدرةِ أبيه. أما النفقةُ لا بدَّ منها في كل وقتٍ ويومٍ.

وفي «النوادر» عن أبي حنيفةَ ومحمد: امرأةٌ فائقةٌ في اليسار، زَوَّجَتْ نفسَها ممن يقدِرُ على المهرِ والنفقةِ، رُدَّ عقدُها. وقال أبو

وَمَن له أبٌ في الإسلام أو الحُرِّيَّةِ لا يُكافِئُ مَن له أبَوَانِ، والأبَوَانِ (س) والأكثَرُ سَوَاءٌ. وإذا تَزَوّجَت غيرَ كُفْءٍ فلِلْوليّ أن يُفَرّقَ بينَهما، فإن قَبَضَ الولِيُّ المَهرَ أو جَهَّزَ به أو طالَبَ بالنَّفَقةِ فقد رَضِيَ، ....

يوسف: إذا كان قادراً على إيفاءِ ما يعجلُ ويكتسِبُ ما يُنفِق عليها يوماً بيومٍ كان كُفؤاً لها، ولا اعتبارَ بما زادَ على ذٰلك، لأن المال غادٍ ورائحٌ.

قال: (**وَمَن له أبٌ في الإسلام أو الحُرِّيَّةِ لا يُكافِئُ مَن له أبَوَانِ**) لأن النسبَ بالأب، وتمامُه بالجَدِّ.

(**والأبَوَانِ والأكثَرُ سَوَاءٌ**) لما بينا. وعند أبي يوسف: الواحدُ والأكثرُ سواء، وقد سَبَقَ في الدعوى. ومَن أسلَمَ بنفسِه لا يكونُ كفؤاً لمَن له أبٌ واحدٌ في الإسلام، لأن التفاخرَ بالإسلام.

والكفاءةُ في العَقْلِ قيل: لا تُعتبر، وقيل: تُعتبر، فلا يكون المجنونُ كُفؤاً للعاقلةِ.

قال: (**وإذا تَزَوّجَت غيرَ كُفْءٍ فلِلْوليّ أن يُفَرّقَ بينَهما**) دفعاً للعار عنه، والتفريقُ إلى القاضي كما تقدَّم في خِيارِ البُلوغ، وما لم يفرِّقْ فأحكامُ النكاح ثابتةٌ، ولا يكون الفسخُ طلاقاً، لأن الطلاقَ تصرُّفٌ في النكاح، وهٰذا فسخٌ لأصل النكاح، ولأن الفسخَ إنما يكون طلاقاً إذا فَعَلَه القاضي نيابةً عن الزوج، وهٰذا ليس كذٰلك، ولهٰذا لا يجبُ لها شيءٌ من المهر إن كان قبلَ الدخول لما بينا، وإن دَخَلَ بها فلها المسمَّى وعليها العِدَّةُ ولها نفقةُ العِدَّةِ، للدخول في عقدٍ صحيح.

قال: (**فإن قَبَضَ الولِيُّ المَهرَ أو جَهَّزَ به أو طالَبَ بالنَّفَقةِ فقد رَضِيَ**)

وإن سَكَتَ لا يكونُ رِضاً، وإن رَضِيَ أحدُ الأولياءِ فليسَ (س) لِغيرِه مِمَّنْ هو في دَرَجَتِه أو أسفَلَ منه الاعتِراضُ، وإن كانَ أقرَبَ منه فله ذٰلكَ. . . . . . .

لأن ذٰلك تقريرٌ للنكاح، وأنه رِضاً، كما إذا زوَّجها فمكَّنتِ الزوجَ من نفسِها.

(**وإن سَكَتَ لا يكونُ رِضاً**) وإن طالت المدّةُ ما لم تَلِدْ، لأن السكوتَ عن الحقِّ المتأكدِ لا يُبطلُه لاحتمال تأخرِه إلى وقتٍ يختارُ فيه الخُصومةَ.

(**وإن رَضِيَ أحدُ الأولياءِ فليسَ لِغيرِه مِمَّنْ هو في دَرَجَتِه أو أسفَلَ منه الاعتِراضُ، وإن كانَ أقرَبَ منه فله ذٰلكَ**) وقال أبو يوسف: للباقين حقُّ الاعتراض، لأنه حقٌّ ثَبَتَ لجماعتِهم، فإذا رضي أحدُهم فقد أسقَطَ حقَّه وبقي حقُّ الباقين. ولنا: أن هٰذا فيما يتجزأ، وهٰذا لا يتجزأ وهو دفعُ العار، فجُعِل كلُّ واحدٍ منهما كالمنفرِدِ كما مرّ، وهٰذا لأنه صحَّ الإسقاطُ في حقِّه فيسقط في حقِّ غيرِه ضرورةَ عدم التجزِّي، كالعفو عن القِصاص، وصار كالأمان، بخلافِ ما إذا رضِيَتْ لأن حقَّها غيرُ حقِّهم، لأن حقَّها صيانةُ نفسِها عن ذُلِّ الاستفراش، وحقّهم في دَفْع العار، فسقوطُ أحدِهما لا يقتضي سقوطَ الآخر. وروى الحسنُ عن أبي حنيفة: إذا تزوَّجَتْ بغيرِ كفءٍ لم يَجُزْ. قال شمسُ الأئمة السَّرخَسي: وهو أحوطُ، فليس كلُّ وليٍّ يُحسِنُ المرافَعَةَ إلى القاضي، ولا كلُّ قاضٍ يعدِلُ، فكان الأحوطُ سدَّ هٰذا الباب.

ولو انتسَبَ إلى غير نسبه فتزوَّجَتْه، إن كان النسبُ المكتومُ أفضَلَ لا خيارَ لها ولا للأولياء، كما إذا اشتراه على أنَّه مَعيبٌ فإذا هو سليمٌ،

. . . .

وإن كان دونَه فلها ولهم الخيارُ، وإن رضِيَتْ فلهم الخِيارُ لما تقدّم، وإن كان دونَه إلا أنه كفءٌ بالنسب المكتوم فلا خيارَ للأولياء لأنه كفءٌ لهم، فلا عارَ عليهم، ولها الخيارُ لأنه شَرَطَ لها زيادةَ منفعة، وقد فاتت، فيثبتُ الخيارُ كما إذا اشترى عبداً على أنه خبّازٌ أو كاتبٌ فوجدَه لا يحسِنُه، وهٰذا لأن الاستفراشَ ذُلٌّ في جانبها، وهي إنما رضيتْ باستفراشِ مَن هو أفضلُ منها. وإن كانت هي التي غَرَّتْه فلا خيارَ له، لأنه لا يفوتُه شيءٌ من المصالح، والكفاءةُ ليس بشرطٍ من جانبها، وهو قادرٌ على الطلاق، وصار كالجَبِّ والعُنَّةِ والرَّتْق. وعن أبي بكر الرازي وأبي الحسن الكَرْخي: أنه لا تُعتبر الكفاءةُ، وهو مذهبُ مالك، لقوله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ﴾ إلى أن قال: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣]، وقال عليه السلام: «ليس لِعرَبيٍّ على عَجَميٍّ فضلٌ إلا بالتقوى»[١]، وقال عليه السلام لأبي هريرةَ: «لو كان لي بنتٌ لزوجتُكَ»[٢]، وروي أن بلالاً خَطَبَ امرأةً من الأنصار فأبَوا أن يزوِّجوه، فقال له ﷺ: «قل لهم: إن رسولَ الله أمَرَكم أن تُزوِّجوني»[٣]

---

(١) أخرجه أحمد (٢٣٤٨٩) عن إسماعيل ابن عُلية، والحارث بن أبي أسامة في «مسنده» (٥١ ـ زوائد الهيثمي) عن عبد الوهَّاب الخفاف، كلاهما عن سعيد الجريري، عن أبي نضرة، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ. وهذا إسناد صحيح.

وله شاهد من حديث عقبة بن عامر عند أحمد (١٧٣١٣) بسند حسن.

وآخر من حديث أبي ذر (٢١١٠٧) وسنده حسن في الشواهد.

(٢) لم نجده، وبيَّض له ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٨٢.

(٣) لم نجده، وبيَّض له ابن قطلوبغا ص٢٨٢.

وإنْ نَقَصَتْ من مَهْرِ مِثْلِها فلِلأولياءِ أن يُفرِّقوا أو يُتَمِّمَه.

فصل

المَهْرُ أقلُّه عَشَرَةُ دراهِمَ أو ما قِيمتُه عَشَرَةُ دَراهِمَ، ولا يَجوزُ أن يكُونَ إلاَّ مالاً، . . . .

وجوابُه ما تقدم، ولأن المرادَ بالآية حُكم الآخرةِ لا الدنيا، لأن التقوى لا يعلَمُ حقيقتَها إلا الله تعالى، وثوابُها في الآخرة، وكذا قولُه عليه السلام المرادُ به الفضلُ عند الله تعالى، ويجبُ الحملُ عليه توفيقاً بين الأدلة.

قال: **(وإن نَقَصَتْ من مهرِ مثلِها فللأولياءِ أن يُفرِّقوا أو يتمِّمَه)** ولا إشكالَ في ذٰلك على قولهما، لأنه يجوزُ نكاحُ المرأة بغيرِ إذن وليها، أما على قول محمد فلا إشكالَ أيضاً على رواية رجوعِه إلى قول أبي حنيفة، وعلى قوله الأول فيه إشكالٌ لأنه لا يصحُّ نكاحُها عندَه إلا بإذن الولي. قالوا: صورتُه: إذا أُكرِه الوليُّ والمرأةُ على النكاح بدون مهرِ المِثل، ثم زال الإكراهُ فأجازتِ النكاحَ، فللأولياءِ الاعتراضُ عند أبي حنيفةَ، خلافاً لهما على ما تقدَّم.

فصل

(المَهْرُ أقلُّه عَشَرَةُ دراهِمَ أو ما قِيمتُه عَشَرَةُ دَراهِمَ، ولا يَجوزُ أن يكُونَ إلاَّ مالاً) والأصل فيه قولُه تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، علَّق الحِلَّ بشرط الابتغاء بالمالِ، فلا

فان سَمَّى أقلَّ من عَشَرةٍ فلها عَشَرَةٌ (ز) . . . .

يحِلُّ دونَه، وسقوطُه بالطلاق قبلَ الدخول عندَ عدم التسميةِ لا يدلُّ على عدمِه، لأنه يشبه الفسخَ، وسقوطُ العِوَضِ عند وجودِ المسقِط لا يدلُّ على عدمِ الوجوب، ولأن سقوطَه يدلُّ على ثبوتِه إذ لا يسقُطُ إلا ما ثَبَتَ ولزِمَ، والتنصيفُ بالطلاق قبلَ الدخول ثَبَتَ نصاً على خلافِ القياس، والمذكورُ في الآية مطلَقُ المال، فكان مُجْمَلاً، والنبيُّ ﷺ فسَّره بالعشَرةِ فقال فيما رواه عنه جابرٌ وعبدُ الله بن عمر: «لا مَهرَ أَقلُّ من عَشَرةِ دَراهمَ»[1]، ولأن المهرَ ثَبَتَ حقاً لله تعالى، حتى لا يكونُ النكاحُ بدونِه ولو نفاه أو سَكَتَ عنه، ولهٰذا كان لها المطالبةُ بالفَرْضِ والتقديرِ، وأنه يُبتَنى على وجودِ الأصل، وما ثَبَتَ لِحَقِّ الله تعالى يدخُلُه التقديرُ كالزكاة.

(**فإن سَمَّى أقلَّ من عَشَرةٍ فلها عَشَرَةٌ**) وقال زفر: لها مهرُ المِثل، لأنه سمَّى ما لا يصلُحُ مهراً، فصار كعَدَمِ التسمية. ولنا: أن العشرةَ لا تتبعَّضُ في حُكم العقدِ، فتسميةُ بعضِه كتسميةِ كلِّه، كالطَّلْقة، وكما إذا تزوَّج نصفَها، ولأن الشرعَ أوجَبَه إظهاراً لخَطَرِ النكاح، ولا يظهرُ بأصلِ المال لتناوُلِه الحقيرَ منه، وما أوجَبَه الشرعُ تولَّى بيانَ مقدارِه كالزكاة، ولأنها حَطَّتْ عنه ما تملِكُه وما لا تملكُه، فيَسقطُ ما تملِكُه وهو الزيادةُ على العشَرَة، ولا يسقطُ ما لا تملِكُه وهو تمامُ

(١) حديث ضعيف، وهو قطعة من حديث: «لا يزوج النساء إلا الأولياء» وقد سلف تخريجه ص٧٢.

وَمَن سَمَّى مَهراً لَزِمَه بالدخُولِ والمَوتِ، وإنْ طَلَّقها قَبْلَ الدُّخُولِ لَزِمَه نصْفُه، وإن لم يُسَمّ لها مَهْراً، أو شَرَطَ أن لا مَهرَ لها فلها مَهرُ المِثْلِ بالدخُولِ والمَوتِ، والمُتْعةُ بالطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، . . . .

العشَرةِ، كما إذا أسقَطَ أحدُ الشريكين الدَّين المشتَرَك يصحُّ في نصيبه خاصةً.

قال: (**ومَن سَمَّى مَهراً لَزِمَه بالدخُولِ والمَوتِ**) أما الدخولُ فلأنه تحقَّقَ به تسليمُ المُبَدل، وبالموت يتقرَّرُ النكاحُ بانتهائِه، فيجبُ البَدَلُ.

(**وإنْ طَلَّقها قَبْلَ الدُّخُولِ لَزِمَه نصْفُه**) لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

قال: (**وإن لم يُسَمّ لها مَهْراً، أو شَرَطَ أن لا مَهرَ لها، فلها مَهرُ المِثْلِ بالدخُولِ والمَوتِ، والمُتْعةُ بالطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ**) لأن النكاحَ صحَّ، فيجبُ العِوَضُ لأنه عقدُ معاوَضَةٍ، والمهرُ وَجَبَ حقاً للشرعِ على ما بينا، والواجبُ الأصليُّ مهرُ المِثل، لأنه أعدلُ، فيُصار إليه عند عدم التسميةِ، بخلاف حالةِ التسميةِ لأنهم رَضُوا به، فإن كان أقلَّ من مهرِ المِثل فقد رضِيتْ بالنقصان، وإن كان أكثرَ فقد رضيَ بالزيادة. قال عليه السلام: «المَهرُ ما تراضَى عليه الأَهْلُون»[1] وقد صحَّ أن

---

(١) حديث ضعيف، أخرجه الدارقطني (٣٦٠٠)، وابن عدي في «الكامل» ٦/ ٢١٨٩، والبيهقي ٧/ ٢٣٩ من طريق محمد بن عبد الرحمٰن بن البيلماني، عن أبيه، عن ابن عباس مرفوعاً: «أنكحوا الأيامى على ما يرضى به الأهلون ولو =

النبيَّ ﷺ قضى في بَرْوَعَ بنتِ واشِقٍ الأشجعيةِ بمَهرِ المِثل، وقد تزوَّجَتْ بغير مهرٍ وماتَ عنها قبل الدخول[1].

وأما وجوبُ المتعةِ بالطلاق قبلَ الدخول فلقوله تعالى فيه: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

قال: (ولا تَجِبُ إلاَّ لهٰذِه) لأنها قائمةٌ مقامَ نصفِ المهرِ، وهي خَلَفٌ عنه، فلا تجتمعُ مع الأصل في حقِّ غيرِها، ولهٰذا لو كانت قيمتُها أكثرَ من نصفِ مهرِ المِثل وَجَبَ نصفُ مهرِ المثلِ، ولا ينقُصُ من خمسةِ دراهمَ.

(وتُستَحَبُّ لِكُلِّ مُطَلَّقةٍ سِواها).

= قبضةً من أراك». وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» ٤/ ٢٨٠ وقال: رواه الطبراني، وفي إسناده محمد بن عبد الرحمٰن بن البيلماني وهو ضعيف.

وأخرجه ابن عـدي ٦/ ٢١٨٨، والبيهقي ٧/ ٢٣٩ من طـريق محمـد بن عبـد الرحمٰن بن البيلماني، عن أبيه، لكن قال: عن ابن عمر، بدل ابن عباس.

وأخرجه أبو داود في «المراسيل» (٢١٥)، والبيهقي ٧/ ٢٣٩ عن عبد الرحمٰن ابن البيلماني مرسلاً. وفي الباب عن أبي سعيد الخدري قال: سألنا رسول الله ﷺ عن صداق النساء، فقال: «ما اصطلح عليه أهلوهم». أخرجه الدارقطني (٣٥٩٢)، والبيهقي ٧/ ٢٣٩. وفي إسناده أبو هارون العبدي وهو متروك.

(١) حديث صحيح، أخرجه أبو داود (٢١١٤) و(٢١١٥)، وابن ماجه (١٨٩١)، والترمذي (١١٤٥)، والنسائي ٦/ ١٢١ و١٢٢ و١٢٢-١٢٣. وهو في «مسند أحمد» (١٥٩٤٣)، و«صحيح ابن حبان» (٤٠٩٨-٤١٠١).

والمُتعَةُ: دِرْعٌ وخِمارٌ ومِلْحفَةٌ، يُعتَبرُ ذلك بحالِه، ولا تُزادُ على قَدْرِ نِصْفِ مَهرِ المِثْلِ، وإن زَادَها في المَهرِ لَزِمَتْه، وتَسقُطُ بالطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخولِ (س)،

قال: (والمُتعَةُ: دِرْعٌ وخِمارٌ ومِلْحفَةٌ) هٰكذا ذكره ابنُ عباس وعائشةُ رضي الله عنهم[1] (يُعتَبرُ ذلك بحالِه) لقوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ﴾.

(ولا تُزادُ على قَدْرِ نِصْفِ مَهرِ المِثْلِ) لأن النكاحَ الذي سُمِّي فيه أقوى، فإذا لم يجب في الأقوى أكثرُ من نصفِ المهرِ لا يجبُ في الأضعفِ بطريق الأولى.

قال: (وإن زَادَها في المَهرِ لَزِمَتْه) لما مرَّ في البيوع في الزيادة في الثَّمنِ والمُثمَّن.

(وتَسقُطُ بالطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخولِ) وعند أبي يوسف: تتنصَّفُ بالطلاق قبلَ الدخول، لأنَّ عندَه: المفروضُ بعدَ العقد كالمفروضِ فيه. وعندَهما: التنصيفُ يختصُّ بالمفروض فيه. وأصلُه أنه إذا تزوَّجها ولم يسمِّ لها مهراً ثم اصطلَحا على تسميةٍ فهي لها إن دَخَلَ بها أو ماتَ عنها، وإن طلَّقها قبل الدخول فالمتعةُ. وقال أبو يوسف: يتنصَّفُ ما اصطلَحا عليه لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. ولهما: أن هٰذا تعيينٌ لما وَجَبَ بالعقدِ من مهرِ المِثل، ومهرُ المِثل لا يتنصَّفُ، فكذا ما يقومُ مقامَه، والفرضُ المعروفُ: هو المفروضُ في العقدِ، وهو المرادُ بالنصِّ.

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في «الدراية» ٢/ ٦٣: أما حديث ابن عباس فأخرجه البيهقي، وأما حديث عائشة فلم أجده.

وإنْ حَطَّتْ مِن مَهْرِها صَحَّ الحَطُّ، والخَلْوَةُ الصَّحيحةُ في النِّكاح الصَّحيح كالدُّخُولِ، . . . .

قال: (وإنْ حَطَّتْ مِن مَهْرِها صَحَّ الحَطُّ) لأنه خالصُ حقِّها بقاءً واستيفاءً، فتملكُ حطَّه كسائرِ الحقوق.

قال: (والخَلْوَةُ الصَّحيحةُ في النِّكاح الصَّحيح كالدُّخُولِ) لما روى محمد بنُ عبد الرحمٰن بنِ ثَوبان قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن كَشَفَ خمارَ امرأةٍ ونَظَرَ إليها فقد وَجَبَ الصَّداقُ دخَلَ بها أو لم يدخُلْ»[1]. وروى زُرارةُ بن أوفى قال: قَضَى الخلفاءُ الراشِدون أنه إذا أرخَى سِتْراً وأغلَقَ البابَ فلها الصَّداقُ كاملاً، وعليها العِدَّة[2]. وقال

---

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٢١٤)، والدارقطني (٣٨٢٤)، والبيهقي ٧/ ٢٥٦ عن محمد بن عبد الرحمٰن بن ثوبان مرسلاً. قال البيهقي: وهٰذا منقطع وبعض رواته غير محتج بهم. اهـ. قلنا: ورجال إسناد أبي داود ثقات رجال الشيخين.

وفي الباب عن علي عند الدارقطني (٣٨١٩) قال: إذا أغلق باباً، وأرخى ستراً، أو رأى عورة، فقد وجب عليه الصداق.

وروى عبد الرزاق في «المصنف» (١٠٨٦٨) بإسناده إلى عمر قال: إذا أرخيت الستور، وغلقت الأبواب فقد وجب الصداق.

وروي نحوه من غير وجه عن عمر أخرجه مالك ١/ ٥٢٨، والدارقطني (٣٨١٨)، والبيهقي ٧/ ٢٥٥، وأسانيدها صحيحة.

وأخرج نحوه عبد الرزاق (١٠٨٦٣)، وابن أبي شيبة ٤/ ٢٣٤، والبيهقي ٧/ ٢٥٥ عن عمر وعليٍّ موقوفاً. ورجاله ثقات.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٤/ ٢٣٥، والبيهقي ٧/ ٢٥٥-٢٥٦. قال البيهقي: =

وكذٰلكَ العِنِّينُ والخَصِيُّ والمَجْبُوبُ (سم). والخَلْوَةُ الصَّحيحةُ: أن لا يكونَ ثَمَّ مانعٌ من الوَطْءِ طَبْعاً وشَرْعاً، فالمَرَضُ المانعُ من الوَطْءِ من جهتِهِ أو جهتِها مانعٌ طَبْعاً، وكذٰلكَ الرَّتْقُ والقَرْنُ والحَيضُ والإحرامُ وصومُ رمضانَ وصلاةُ الفَرْضِ.

عمرُ رضي الله عنه فيه: ما ذَنْبُهن إذا جاء العَجْزُ من قِبَلِكم[1]؟ ولأنه عقدٌ على المنافِعِ فيستقرُّ بالتَّخليةِ كالإجارةِ، ولأنها سلَّمَت المُبدَلَ إليه، فيجبُ لها البَدَلُ كالبيع.

(**وكذٰلِكَ العِنِّينُ والخَصِيُّ**) لما ذكرنا.

(و) كذٰلك (**المَجْبُوبُ**) وقالا: يجبُ عليه نصفُ المهرِ لوجود المانِعِ قطعاً، وهو أعجزُ من المريض، وله: أن المستحقَّ له في هٰذا العقدِ إنما هو السُّحْق، وقد سلَّمَتْ إليه ذٰلك.

(**والخَلْوَةُ الصَّحيحةُ: أن لا يكونَ ثَمَّ مانعٌ من الوَطْءِ طَبْعاً وشَرْعاً، فالمَرَضُ المانعُ من الوَطْءِ من جهتِهِ أو جهتِها مانعٌ طَبْعاً، وكذٰلكَ الرَّتْقُ والقَرْنُ**) وكذا إذا كان يخافُ زيادةَ المرض، فإنه لا يَعرَى عن نوعِ فُتور (**والحَيضُ**) مانعٌ شرعاً وطبعاً إذ الطِّباعُ السليمةُ تنفِرُ منه (**والإحرامُ**) بالحجِّ أو العمرةِ فَرْضاً أو نفلاً (**وصومُ رمضانَ وصلاةُ الفَرْضِ**) مانعٌ شرعاً، أما الإحرامُ فلما يلزمُه من الدمِ، وفي الصومِ لِما يلزمُه من

= هٰذا مرسل، زرارة لم يدركهم، وقد رويناه عن عمر وعلي رضي الله عنهما موصولاً.

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٧٣) عن الثوري، عن حماد، عن إبراهيم قال: قال عمر... فذكره. وذكره الشافعي في «الأم» ٧/ ٤٤ بلاغاً.

وفي النِّكاحِ الفاسدِ لا يجبُ إلاَّ مَهرُ المِثْلِ، ولا يَجِبُ إلاَّ بالدُّخولِ حَقِيقةً، ولا يتَجاوزُ به المُسَمَّى، . . . .

الكفارةِ والقضاءِ، بخلاف التطوُّعِ فإنه يجوزُ إفطارُه بعذرٍ يتعلَّق بحقِّ الآدميِّ كالضيافةِ، ولا كذٰلك رمضانُ. والمنذورُ والقضاءُ فيه روايتان، وقيل في صوم التطوُّع روايتان، وكذٰلك السُّننُ إلا رَكعتي الفجرِ والأربع قبلَ الظُّهرِ لشدَّة تأكيدِهما بالوعيدِ على تركِهما.

والمكانُ الذي تصحُّ فيه الخَلوةُ أن يأمَنَا فيه اطلاعَ غيرِهما عليهما، حتى لو خلا بها في مسجدٍ أو حمَّامٍ أو طريقٍ أو على سَطْحٍ لا حجابَ له فليست صحيحةً، وكذٰلك لو كان معهما أعمَى أو صبيٌّ يعقِلُ أو مجنونٌ أو كلبٌ عقورٌ أو منكوحةٌ له أخرى أو أجنبيةٌ، وفي الأَمَة روايتان. وعليها العدَّةُ في جميع ذٰلك احتياطاً، لأنها حقُّ الشرع.

قال: (**وفي النِّكاح الفاسدِ لا يجبُ إلاَّ مَهرُ المِثْلِ، ولا يَجِبُ إلاَّ بالدُّخولِ حَقِيقةً**) لأن الحُرمةَ قائمةٌ وأنها مانعةٌ شرعاً، فلا تجبُ إلا باستيفاءِ منافعِ البُضْعِ حقيقةً، وإنما يجبُ مهرُ المِثل لأنه لمَّا فسَدَ المسمَّى صِرْنا إلى مهرِ المِثل، إذ هو الموجَبُ الأصليُّ لما مرَّ.

(**ولا يتَجاوزُ به المُسَمَّى**) لأن المستوفَى ليس بمالٍ، وإنما يتقوَّمُ بالتسمية، فإن نَقَصَتْ عن مهرِ المِثل لا تجبُ الزيادةُ عليهما لعدمِ التسمية، وإن زادَتْ لا تجبُ الزيادةُ لفسادِ التسميةِ، بخلاف البيعِ الفاسِدِ حيثُ تجبُ القيمةُ بالغةً ما بلَغَتْ، لأنه مالٌ متقوَّم، فيتقدَّر بدلُه بقيمتِه.

وَيَثبُتُ فيه النَّسَبُ.

فصل

فإن تزوَّجَها على خَمْرٍ أو خِنزيرٍ، أو على هٰذا الدَّنِّ من الخَلِّ (سم) فإذا هو خَمرٌ، أو على هٰذا العبدِ فإذا هو حُرٌّ أو على خِدمتِه سَنَةً (س)، أو تَعليمِ القُرآنِ، جازَ النِّكاحُ (م)، ولها مَهْرُ المِثْلِ.

(وَيَثبُتُ فيه النَّسَبُ) لأنه مما يُحتاطُ في إثباتِه، وأوّلُ مدَّتِه وقتُ الدخول، بخلافِ النكاحِ الصحيحِ، حيث يُعتبرُ من وقتِ العقدِ، لأن الصحيحَ داعٍ إلى الوَطْءِ، فأُقيم العقدُ مقامَه، والفاسدُ ليس بداعٍ لما بينا من الحُرمةِ، فلا يُقامُ العقدُ مقامَه، وعليها العدَّةُ احتياطاً وتحرُّزاً عن اشتباه النسبِ، وأوَّلُها يومُ التفريق لأنها وَجَبَتْ لشبهةِ النكاح، والشبهةُ إنما تَرتفعُ بالتفريق.

فصل

(فإن تزوَّجَها على خَمْرٍ أو خِنزيرٍ، أو على هٰذا الدَّنِّ من الخَلِّ فإذا هو خَمرٌ، أو على هٰذا العبدِ فإذا هو حُرٌّ، أو على خِدمتِه سَنَةً، أو تَعليمِ القُرآنِ، جازَ النِّكاحُ ولها مَهْرُ المِثْلِ) أما الخمرُ والخِنزيرُ فلأنه شرطٌ فاسدٌ فيَلْغُو، والنكاحُ لا يبطُلُ بالشروط الفاسدةِ، بخلاف البيعِ، وإذا بطَلَتِ التسميةُ صارت كالعَدَم، فيجبُ مهرُ المِثلِ لما تقدَّم. وأما الدَّنُّ فكذٰلك عند أبي حنيفةَ، لأن الإشارةَ أبلَغُ في التعريفِ من التسميةِ، فصار كأنه تزوَّجها على الخمرِ، وقالا: لها مثلُ وزنِه خَلاًّ، وكذٰلك العبدُ عند أبي حنيفةَ لما مرَّ. قال أبو يوسف: يجبُ فيه مثلُ قيمتِه

. . . .

عبداً، لأنه أطمَعَها في مالٍ وقد عَجَزَ عن تسليمِه، فيجبُ قيمتُه أو مثلُه، كما إذا تزوَّجها على عبدِ الغَير. وقال محمد: يجبُ مهرُ المِثلِ، لأن الأصلَ أن المسمَّى إذا كان من جنسِ المُشارِ إليه يتعلَّق العقدُ بالمُشارِ إليه، لأن المسمَّى موجودٌ في المُشارِ إليه ذاتاً، ألا ترى أنه لو اشترى فَصّاً على أنه ياقوتٌ أحمرُ فإذا هو أخضرُ انعقد العقدُ لاتحادِ الجنس؟ وإن كان المسمَّى من خلاف جنسِ المُشارِ إليه يتعلَّق العقدُ بالمسمَّى لأنه ليس موجوداً فيه لا ذاتاً ولا صفةً، ألا ترى أن من اشترى فصّاً على أنه ياقوتٌ فإذا هو زجاجٌ لا ينعقد العقدُ لاختلاف الجنس؟ وفيما نحن فيه العبدُ والحرُّ جنسٌ واحدٌ، فيتعلَّقُ العقدُ بالمُشار إليه، كأنه تزوَّجها على حُرٍّ فيلزمُه مهرُ المِثل. أما الخَلُّ والخمرُ جنسان لتفاحُشِ التفاوت بينهما، فيتعلَّقُ العقدُ بالمسمَّى وهو الخَلُّ فيلزمُه.

وأما إذا تزوَّجها على خدمتِه سَنَةً أو تعليمِ القرآنِ فمذهبُها [وجوبُ مهر المثل][1]، وقال محمد: لها قيمةُ خدمتِه. لأنها مالٌ إلا أنه عَجَزَ عن التسليمِ للمناقضة، فصار كما إذا تزوَّجها على عبدِ الغيرِ، فإنه تجبُ القيمةُ. ولهما: أن الخدمةَ ليست بمالٍ، لأنها لا تُستحَقُّ بحالٍ، فصار كتسميةِ الخمر، وهٰذا لأنَّ تقوُّمَ المنافع بالعقدِ، فإذا لم يجب تسليمُه فيه لم يظهر تقوُّمُه، فيُصار إلى مهرِ المِثل لما بينا، أو نقول: المشروعُ الابتغاءُ بالمالِ، والتعليمُ ليس بمالٍ، وكذا المنافع لما بينا،

(١) ما بين الحاصرتين لم يرد في (س) و(م) وأثبتناه من مطبوعة أبي دقيقة.

وإذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ بإذْنِ مَوْلاهُ عَلى خدْمَتِه سَنَةً جازَ وَلَها الخِدْمَةُ، وإن تَزَوَّجها على ألفٍ على أن لا يتَزَوَّجَ عليها، فإن وَفَّى لها فلها المُسَمَّى، وإلاَّ فمَهْرُ مِثلِها، . . . .

أو نقول: تعليمُ القرآن واجبٌ، فلا يجوزُ أن يكون مهراً، كتعليم الشهادتين، بخلاف خدمةِ العبدِ لأنها مالٌ فإنها تتضمَّنُ تسليمَ رَقَبتِه، ولأن استحقاقَ الزوجةِ خدمةَ الزوج قَلْبُ الموضوع، لأن توقيرَ الزوج واجبٌ عليها، وفي استخدامِه إهانتُه.

قال: (**وإذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ بإذْنِ مَوْلاهُ عَلى خدْمَتِه سَنَةً جازَ، وَلَها الخِدْمَةُ**) لأنها مالٌ على ما بينا، ولا مناقضةَ، فإنه يخدُمُ المولى معنىً حيث كان بأمرِه. ولو تزوَّجَها على خدمةِ حرٍّ آخرَ، الصحيحُ أنه يصحُّ إذ لا مناقضةَ، وترجعُ بقيمةِ خدمتِه على الزوج، ولو تزوَّجها على أن يرعَى أو يزرَعَ أرضَها فيه روايتان، والفرقُ على إحداهما أنه لا مناقضةَ لأنه من بابِ القيامِ بمصالحِ الزوجيَّة. ولو جَمَعَ بين ما هو مالٌ وما ليس بمالٍ، فإن وَفِيَ المالُ بالعشَرَةِ فهو لها لا غير، وإن لم يفِ فلها تمامُ مهرِ مثلها، كما لو تزوَّجها على عشَرَةِ دراهمَ ورِطْلٍ من خمرٍ، فلها العشَرةُ ولا يكمِّلُ لها مهرَ المِثل. ولو تزوَّجها على عيبِ عبدٍ اشتراه منها جاز، فإن كانت قيمةُ العيبِ عشَرةً فهو لها، وإلا يكمِّلُ عشَرةً.

قال: (**وإن تَزَوَّجها على ألفٍ على أن لا يتَزَوَّجَ عليها، فإن وَفَّى لها فلها المُسَمَّى**) لأنه يصلُح مهراً، وقد تراضيا به.

(**وإلاَّ فمَهْرُ مِثلِها**) لأنها ما رَضِيَتْ بالألف إلا مَعَ ما ذَكَرَ لها من المنفعة، فيكمِّلُ لها مهرَ المِثل لأنها لما لم ترضَ به، فكأنه ما سمَّى،

وإن قال على ألفٍ إن أقام بها، وألفَينِ إن أخرَجها، فإن أقامَ فلها الألفُ، وإن أخرَجها فمَهْرُ مثْلِها (سم ز)، . . . .

ولو تزوَّجها على ألفٍ وكرامتِها، فلها مهرُ المِثل لا ينقُصُ من ألفٍ، لأنه رضي بها. وإن طلَّقها قبل الدخولِ لها نصفُ الألف، لأنها أكثرُ من المتعةِ.

(**وإن قال على ألفٍ إن أقام بها، وألفَينِ إن أخرَجها، فإن أقامَ فلها الألفُ**) لما بينا، (**وإن أخرَجها فمَهْرُ مثْلِها**) لا يُزاد على ألفَين ولا ينقُصُ من ألفٍ، وقالا: الشرطان جائزان، وعند زفر: فاسدان، ولها مهرُ المثل في الوجهين، وعلى هٰذا على ألفٍ إن لم يتزوّج عليها، وألفَين إن تزوج.

لزفر: أن كلَّ واحدٍ منهما على خَطَر الوجود، فكان المهرُ مجهولاً.

ولهما: أن كلَّ واحدٍ منهما فيه غَرَضٌ صحيح، وقد سَمَّى فيه بدلاً معلوماً، فصار كالخياطةِ الفارسيةِ والرُّوميةِ. ولأبي حنيفة: أن الشرطَ الأوّلَ صَحَّ وموجبُه المسمَّى لما بينا. والشرطُ الثاني ينفي موجبَ الأوّل، والتسميةُ متى صحَّت لا يجوز نفيُ موجبها، فيبطُلُ الشرطُ الثاني. ولو تزوَّجها على ألفٍ إن كانت قبيحةً، وألفَين إن كانت جميلةً صحَّ الشرطان، والفرقُ أنه لا مخاطرةَ هنا، لأن المرأةَ على صفةٍ واحدةٍ، إلا أن الزوج يجهلُها، وفي المسألة الأولى المخاطرةُ موجودةٌ في التسمية الثانية، لأنه لا يُدرى أن الزوج هل يفي بالشرطِ الأوّل أم لا.

وإن تزَوجها على هٰذا العبد أو هٰذا فلها أشبَهُهُما بمَهرِ المِثْلِ (سم)، وإن كانَ مَهْرُ المِثْلِ بينَهما فلها مَهْرُ المِثْلِ (سم)، فإن تزَوَّجها على حيوانٍ، فإن سَمَّى نوعَه كالفَرَسِ جازَ، وإن لم يَصِفْهُ ولها الوَسَطُ، فإن شاءَ أعطاها ذٰلكَ، وإن شاء قِيمتَه. والثّوبُ مِثْلُ الحيوانِ، إلاَّ أنَّه إن ذكَرَ وَصْفَه لَزِمَه تَسلِيمُه، وكذٰلكَ كُلُّ ما يَثبُتُ في الذِّمَّة كالمكِيلِ والموزونِ[1].

(**وإن تزَوجها على هٰذا العبد أو هٰذا، فلها أشبَهُهُما بمَهرِ المِثْلِ، وإن كانَ مَهْرُ المِثْلِ بينَهما، فلها مَهْرُ المِثْلِ**) وقالا: لها الأوكسُ بكلِّ حالٍ. وإن طلقها قبلَ الدخول فلها نصفُ الأوكَسِ بالإجماع. لهما: أن الأوكسَ مسمّىً بيقين، لأنه أقلُّ، ولا يُصار إلى مهر المِثل مع المسمى. ولأبي حنيفةَ: أن الأصلَ مهرُ المثل، وإنما يُترك عند صحةِ المسمَّى، وأنه مجهول لدخول كلمة «أو»، فيكون فاسداً، إلا أن مهرَ المِثل إذا كان أكثر من الأرفع فقد رَضِيت بالحَطِّ، وإن كان أقلَّ فقد رضي بالزيادة، ومتى جُهِل المسمَّى تجبُ المُتعةُ بالطلاق قبل الدخول، إلا أن نصفَ الأوكسِ يزيدُ عليها عادةً، فيجب لاعترافِه به.

قال: (**فإن تزَوَّجها على حيوانٍ، فإن سَمَّى نوعَه كالفَرَسِ جازَ، وإن لم يصِفْهُ ولها الوَسَطُ، فإن شاءَ أعطاها ذٰلكَ، وإن شاء قِيمتَه. والثّوبُ مِثْلُ الحيوانِ، إلاَّ أنَّه إن ذكَرَ وَصْفَه لَزِمَه تَسلِيمُه، وكذٰلكَ كُلُّ ما يَثبُتُ في الذِّمَّة كالمكِيلِ والموزونِ[1]**) والأصلُ في ذٰلك أن التسمية

---

(١) قوله: «كالمكيل والموزون» أثبتناه من هامش (س)، وأشير إليه هناك بعلامة الصحة.

. . . .

لا تصحُّ مع جهالة الجِنسِ والنوعِ والصفةِ، لأنها تؤدّي إلى المُنازعةِ، وتصحُّ مع الجهالة اليسيرةِ، كجهالة الوصفِ، لأن النكاح يحتملُ ضرباً من الجهالة، لأن مبناه على المُساهلةِ والمُسامحةِ، ألا ترى أنه يجوزُ بمهرِ المِثل مع جهالتِه، لِما أنها لا تُوجبُ المنازعةَ، كذٰلك جهالةُ الوصف، بخلاف البيعِ، لأن مبناه على المُماكسةِ والمُضايقة.

ثم الجهالةُ أنواع:

منها جهالةُ النوعِ والوصفِ، كقوله: ثوبٌ أو دابةٌ أو دارٌ، فلا تصحُّ هٰذه التسمية، لتفاوتها تفاوتاً فاحشاً في الصُّوَر والمعاني، فيجب مهرُ المِثل، وكذا التسميةُ مع الخَطَر، كقوله: على ما في بطن جاريته، أو غَنَمه، أو ما يحملُه نخلُه هٰذه السَّنة.

ومنها ما هو معلومُ النوعِ مجهولُ الصفةِ، مثل قوله: عبدٌ أو فرسٌ أو بقرةٌ أو شاةٌ أو ثوبٌ هَرَويٌّ، فإنه تصحُّ التسمية، ويجبُ الوَسَطُ منه، لأنه إذا كان معلومَ النوع كان له جيدٌ ورديءٌ ووسطٌ، والوسطُ أعدلُ، لأنه ذو حظٍّ من الطرفين؛ وعند جهالة النوع لا وساطة لاختلاف معاني الأنواع، فإن معنى الفَرَس غيرُ معنى الجَمَل، ومعنى الشاةِ غيرُ معنى الجاموس، وكذٰلك اختلافُ أنواع الثيابِ، كالأطلسِ والقُطْنِ وغيرِهما، وإنما يتخيَّر لأن الوَسَطَ إنما يُعرَف بالقيمة، فكانتَ أصلاً في حقِّ الإيفاء، والعينُ أصلٌ من حيث التسمية، فيتخيَّر، وتُجبَر المرأةُ على القَبول، وقال زفر: إذا كان المهرُ ثوباً موصوفاً لا تُجبَر على أخذِ

. . . .

القيمة، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة، لأنها استحقَّت الثوبَ بالتسميةِ، فلا تُجبر على أخذ غيرِه، كما في السَّلَم. وجوابه: أنه إذا لم يكن معيَّناً فهو وقيمتُه سواءٌ في الجهالة، فتُجبَر على القَبول، كما في الحيوان. واختار بعضُهم قولَ زفر، وقال: هو الأصحُّ، لأن الثوبَ وَجَبَ في الذمة وجوباً مستقراً كالسَّلَم، ولا كذٰلك الحيوان، لأنه لا يجبُ في الذمةِ وجوباً مستقراً في السَّلَم، فكذا هنا، ثم عند أبي حنيفة: قيمةُ العبد الوَسَطِ أربعون ديناراً، وإن سمَّى أبيضَ فخمسون، وهو قيمةُ الغُرَّة، والمهرُ بمعنى الغُرَّة، وعندهما: على قَدْر الرُّخْصِ والغَلاء، وقيل: هٰذا اختلافُ زمانٍ، لا بُرهانٍ.

ومنها ما هو معلومُ الجنسِ والصفةِ، وهو غير معيَّنٍ، كما إذا تزوَّجها على مَكيلٍ أو مَوزونٍ موصوفٍ في الذمة تصحُّ التسميةُ، ويلزمُه تسليمُ عينهِ، لأن ذٰلك يثبتُ في الذمة ثُبوتاً صحيحاً، فيلزمُه تسليمُه كالنقود. ولو تزوَّجها على كُرِّ حنطةٍ مطلقاً ولم يَصِفه يُخيَّرُ الزوجُ بين الوَسَطِ وبين قيمتِه. وروى الحسنُ عن أبي حنيفة أنـه يلزمُه تسليم الكُرِّ.

ولو تزوّجَ امرأتين على ألفٍ، قُسِمت الألفُ على قَدْر مهرِ مِثْلَيهما، رجوعاً إلى الأصل، لأنه لمّا أضافَ إليهما فقد أضافَ إلى كلٍّ واحدةٍ ما تستحقُّه، واستحقاقها في الأصل مهرُ المِثل، كمن دَفَعَ إلى رَبَّيْ دينٍ ألفاً بينهما، فإنهما يقتسمانِها على قَدْر دَينَيهما، كذٰلك هٰذا، فإن طلَّقهما قبلَ الدخول فنصفُ الألف بينهما على قَدْر حقَّيهِما، فإن لم يصحَّ نكاحُ

إحداهما صحَّ نكاحُ الأخرى، لأن المُبطِلَ اختُصَّ بها، فلا يتعدَّاها، والألفُ كلُّها للتي صحَّ نكاحُها. وقالا: يُقسم على مهرِ مثلَيهما كالمسألة الأولى، لأنه أضافها إليهما كهي، فما أصابَ التي صحَّ نكاحُها فهو لها، ويسقُطُ الباقي. ولأبي حنيفة: أن إضافةَ النكاح إلى مَن لا يصحُّ نكاحُها لغوٌ، فصار كما إذا ضَمَّ إليها أُسطُوانةً أو دابةً، والبدلُ إنما ينقسمُ بحُكم المعاوضةِ والمساواةِ والدخولِ في العقد، ولا معاوضةَ في المحرَّمةِ، ولا مساواةَ ولا دخولَ في العقد، فصارت عَدَماً، وإضافةُ الشيء إلى اثنين واختصاصُه بأحدِهما جائز، قال تعالى: ﴿ يَٰمَعۡشَرَ ٱلۡجِنِّ وَٱلۡإِنسِ أَلَمۡ يَأۡتِكُمۡ رُسُلٞ مِّنكُمۡ ﴾ [الأنعام: ١٣٠]، أضاف الرُّسُلَ إليهما، والرسلُ مختصةٌ بالإنس دون الجنّ. فإن دخل بالتي لم يصحَّ نكاحُها فلها مهرُ المِثل عند أبي حنيفة، وهو الصحيح لأنه وطءٌ حرامٌ يسقُطُ فيه الحدُّ بشبهةِ العَقدِ، فيجبُ مهرُ المِثل، وعندهما: الأقلُّ من مهرِ المثلِ ومما يخُصُّها[(١)].

قال: (ومَهرُ مِثلِها يُعتَبَرُ بنساءِ عشِيرةِ أبيها) كأخَوَاتها، وعمَّاتها، وبناتِ عمِّها، دون أُمِّها وخالتها، إلا أن يكونا من قبيلة أبيها، هٰكذا روي عن رسول الله عليه السلام في بَرْوَعَ حين تزوّجت بغير مهرٍ،

(١) كذا في (س) بالحاء المهملة، وفي (م): يخُصُّها بالخاء المعجمة، وكلاهما بمعنى، أي: سمَّى لها من المهر. قال في «المغرب» ١/٢٠٧: حَصَّني من المال الثلث أو الربع، أي: أصابني وصار في حصتي، وأخذتُ ما يَحُصُّني ويَحُصُّني.

فإن لم يُوجَد منهم مِثْلُ حالها فمِنَ الأجانِب، ويُعتَبَرُ بامرأةٍ مثلِها في السِّنّ والحُسنِ والبكارَةِ والبلَد والعَصْرِ والمالِ، فان لم يوجدَ ذٰلك كُلُّه فالَّذي يُوجَدُ منه.

وللمرأةِ أن تَمنَعَ نفْسَها وأن يُسافِرَ بها حتَّى يُعطيَها مَهرَها، . . . .

فقال: «لها مهرُ مثلِ نسائِها»[1]، ونساؤُها: أقاربُ الأبِ، ولأن قيمةَ الشيء تُعرَف بقيمةِ جنسِه، وجنسُه قومُ أبيه.

(**فإن لم يُوجَد منهم مِثْلُ حالها فمِنَ الأجانِب**) تحصيلاً للمقصود بقَدْر الوُسْع.

قال: (**ويُعتَبَرُ بامرأةٍ مثلِها في السِّنّ والحُسنِ والبكارَةِ والبلَد والعَصْرِ والمالِ**) فإن المهرَ يختلفُ باختلاف هٰذه الأوصاف، لأن الرَّغَبات تختلفُ بها.

(**فإن لم يوجدَ ذٰلك كُلُّه فالَّذي يُوجَدُ منه**) لأنه يتعذَّر اجتماعُ هٰذه الأوصاف في امرأتين، فيُعتبر بالموجود منها، لأنها مثلُها. وعن بعض المشايخ: أن الجَمال لا يُعتَبر إذا كانت ذاتَ حَسَبٍ وشرفٍ، وإنما يُعتبر في الأوساط، لأن الرغبةَ حينئذٍ في الجمال.

قال: (**وللمرأةِ أن تَمنَعَ نفْسَها وأن يُسافِرَ بها حتَّى يُعطيَها مَهرَها**) لأن حقَّه قد تعيَّن في المُبدَل، فوجب أن يتعيَّن حقُّها في البَدَل تسويةً بينهما، وإن كان المهرُ كلُّه مؤجلاً ليس لها ذٰلك لأنها رَضِيَتْ بتأخير حقِّها، وعند أبي يوسف: لها ذٰلك كما في المسألة الأولى، وكذٰلك إن

---

(١) سلف تخريجه ص٩٢.

فإذا أوفاها مَهرَها نَقَلَها إلى حيثُ شاء، وقيلَ: لا يُسافِرُ بها، وعليه الفَتوَى.

دَخَل بها عند أبي حنيفة لها أن تَمتنع، وقالا: ليس لها ذٰلك، لأنها سلّمَتْ إليه، فليس لها أن تمنع نفسَها[1] بعده، كالبائع إذا سَلَّم المبيعَ ليس له حبسُه بعد ذٰلك، وله: أن المهرَ مقابلٌ بجميع الوطآت، لئلا يخلو الوطءُ عن العِوَض، إظهاراً لخَطَر البُضْع، إلا أنه تأكَّد بالوطأةِ الأولى لجهالة ما وراءَها، والمجهولُ لا يزاحِمُ المعلومَ، فإذا وُجِد بعدَه وطءٌ آخرٌ صار معلوماً، فتحقَّقت المزاحمةُ، فصار المهرُ مقابلاً بالكلِّ. ونظيرُه العبدُ الجاني إذا جنى جنايةً يُدفَعُ بها، فإن لم يُدفَع حتى جَنى أخرى وأخرى دُفِع بالكل.

قال: (**فإذا أوفاها مَهرَها نَقَلَها إلى حيثُ شاء**) لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطلاق: ٦].

(**وقيلَ: لا يُسافِرُ بها، وعليه الفَتوَى**) لفساد أهلِ الزمانِ، والغريبُ يؤذَى، وقيل: يسافِرُ بها إلى قرى المِصر القريبةِ لأنها ليست بغُربةٍ، وإذا ضَمِنَ الوليُّ المهرَ صحَّ ضمانُه، كغيره من الدِّيون، وللمرأة أن تطالبَ أيَّهما شاءت، كسائر الكفالات، وحكمُها في الرجوع كغيرِها من الكفالات. ولو ضَمِنَ المهرَ عن ابنهِ الصغير صحَّ لما قلنا، ولا يرجعُ عليه إذا أدّى، لأنه صلةٌ عرفاً، فإن مات الأبُ قبل الأداء فأخذ من تركتِه، رَجَعَ بقيةُ الورثة على الابن من حِصَّتِه، لأنهم أدَّوا عنه دَيناً عليه من مالٍ مشتركٍ. وقال زفر: لا يرجعون، كما إذا كَفَلَ عن ابنه

---

(١) لفظة: «نفسها» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).

فصل

ولا يجُوزُ نِكاحُ العبدِ والأمَةِ والمُدبَّرِ وأمِّ الولدِ إلاَّ بإذنِ المولى، ويملِكُ إجبارَهم على النِّكاح. . . . .

الكبيرِ بغيرِ أمرِه أو عن أجنبيٍّ. قلنا: الكفالةُ هنا بأمر المكفول عنه حُكماً، لولاية الأبِ، فكانت كفالتُه دليلَ الأمر من جهتِه ليَرجع، بخلاف الكبيرِ والأجنبيِّ، لأنه لا ولايةَ له عليهما، وبخلافِ ما إذا أدَّى حالَ حياتِه، لأنه متبرِّعٌ، فإن العادة جاريةٌ بتبرُّع الآباء بمَهر الأبناء.

فصل

(ولا يجُوزُ نِكاحُ العبدِ والأمَةِ والمُدبَّرِ وأمِّ الولدِ إلاَّ بإذنِ المولى) وأصلُه قوله عليه السلام: «أيُّما امرأةٍ تزوَّجَت بغيرِ إذنِ مولاها فهي عاهِرَةٌ»[1]، وقولُه: «أيما عبدٍ تزوّج بغير إذنِ مولاه فهو عاهرٌ»[2]، ولأن النكاح عيبٌ في العبد والمدبَّر لتعلُّق النفقةِ بكسبهما والمهرِ برقبتِهما، فلا يملكُ غيرُ المولى ذلك، دفعاً للضرر عنه، ولأن منافعَ البُضْعِ للمولى، فلا يملكها غيرُه بغير أمرِه.

---

(١) لم نقف عليه بهذا اللفظ، وانظر ما بعده.

(٢) أخرجه من حديث جابر أبو داود (٢٠٧٨)، والترمذي (١١١١) و(١١١٢)، وهو في «المسند» (١٤٢١٢). وعبد الله بن محمد بن عقيل راويه عن جابر تفرد به عنه ولم يتابعه عليه أحد، ومثله لا يقبل عند التفرد.

وأخرجه بلفظ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه، فهو زان» ابن ماجه (١٩٦٠)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٢٧١٠) من حديث ابن عمر، وفي سنده مندل بن علي العنزي وهو ضعيف، وابن جريج وهو مدلس وقد عنعن.

وانظر تمام الكلام عليه في «المسند» (١٤٢١٢) عند حديث جابر.

ويملِكُ إجبارَهم على النِّكاح. وإذا تَزَوَّجَ العبدُ بإذن مَولاهُ فالمهرُ دَينٌ في رقَبتِه، يُباعُ فيه والمُدبَّرُ يَسعَى، وإذا أُعْتِقَتِ الأمَةُ أو المُكاتَبةُ ولها زَوجٌ حُرٌّ أو عبدٌ، فلها الخِيارُ، . . . .

(**ويملِكُ إجبارَهم على النِّكاح**) صيانةً لِملْكِه، وتحصيناً له عن الزِّنى الذي هو سببُ هلاكِهم أو نُقصانِهم، وهٰذا المعنى يشملُ العبدَ والأمةَ. وليس للمولى أن يزوِّج المكاتَب والمكاتبةَ بغير رضاهما، لخروجهما عن يدِه على ما نبينُه في المكاتَب، ولا يجوزُ نكاحُهما إلا بإذن المولى، للرِّق الثابت فيهما بالحديث، ويملكُ المكاتَبُ تزويجَ أمَتِه، لأنه من الاكتساب، ولا يملكُ تزويجَ العبدِ لأنه خسرانٌ لا اكتساب، ولو زَوَّجَ أمتَه من عبدِه بغير مهرٍ جاز، ولا مهرَ لها، وقيل: يجب حقاً للشرعِ، ثم يسقطُ.

قال: (**وإذا تَزَوَّجَ العبدُ بإذن مَولاهُ فالمهرُ دَينٌ في رقَبتِه، يُباعُ فيه**) لأنه دَينٌ وَجَبَ في رقبتهِ بفعلهِ، وقد ظهر في حقِّ المولى حيثُ وَقَعَ بإذنِه، فيتعلقُ برقبتِه دفعاً للضَّرر عن المرأة، كما في دُيون المأذون في التجارة[١].

(**والمُدبَّرُ يَسعَى**) لأنه لا يجوزُ بيعُه، فيؤدي من كسبه، وكذٰلك ولدُ أم الولد من غيرِ سيِّدها.

قال: (**وإذا أُعْتِقَتِ الأمَةُ أو المُكاتَبةُ ولها زَوجٌ حُرٌّ أو عبدٌ، فلها الخِيارُ**) لقوله عليه السلام لبَريرةَ حين أُعتِقت: «مَلَكْتِ بُضْعَكِ

---

(١) قوله: «في التجارة» ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

ومَن زَوَّجَ أمَتَه فليس عليه أن يُبَوّئَها بَيتَ الزَّوجِ، لٰكنَّها تَخْدُمُ المَولى، ويُقالُ له: متى ظَفِرتَ بها وَطِئْتَها. وإن تزَوَّجَ عَبدٌ بغيرِ إذنِ مولاهُ فقال له المَولى: طَلِّقها، فليس بإجازَةٍ، ولو: قال طَلِّقْها تَطليقةً رَجعِيَّةً فهو إجازَةٌ.

فاختاري»[1]، جعل العلةَ المثبتَة للخيار معنىً فيها، وهو ملكُ البُضْع، فيترتبُ عليه، ويستوي فيه الحرُّ والعبدُ لعموم العلَّةِ، على أنه روي أن زوجَها كان حُراً، وهي راجحةٌ على رواية أنه كان عبداً، لأن الأصل الحريّةُ، ولأنه ازدادَ المِلكُ عليها في الفصلين، فيثبتُ لها الخيارُ فيهما، دفعاً للضرر عنها.

قال: (**ومَن زَوَّجَ أمَتَه فليس عليه أن يُبَوّئَها بَيتَ الزَّوجِ، لٰكنَّها تَخْدُمُ المَولى، ويُقالُ له: متى ظَفِرتَ بها وَطِئْتَها**) لأن حقَّ المولى في الخدمةِ باقٍ، والتَّبوئةُ إبطالٌ له، فلا يلزمُه ذٰلك، ولو شَرَطَ في العقد أن لا يستخدمَها بَطَلَ الشرط، فإن بَوّأها بيتاً معه فله أن يستخدمها، وتبطلُ التبوئةُ، لأن الموجِبَ للخدمة الملكُ، وهو باقٍ، فلا تُبطله التبوئةُ.

قال: (**وإن تزَوَّجَ عَبدٌ بغيرِ إذنِ مولاهُ، فقال له المَولى: طَلِّقها، فليس بإجازَةٍ**) لأنه يَحتملُ الردَّ، وهو الظاهرُ هنا، حيث تزوَّج بغيرِ أمرِه وافتأَتَ عليه، وردُّ هٰذا العقدِ يسمى طلاقاً، فيُحمل عليه، وكذا لو قال: فارِقها، وبل أولى.

(**ولو قال: طَلِّقْها تَطليقةً رَجعِيَّةً، فهو إجازَةٌ**) لأن الطلاق الرجعيَّ إنما يكون في النكاحِ الصحيحِ النافذِ. ولو أذن لعبدِه في النكاح ينتظمُ

---

(١) سلف تخريجه ص٧٥.

والإذْنُ في العَزْلِ لِمولى الأمَةِ (سم). وإذا تَزَوَّجَ عبدٌ أو أمَةٌ بغيرِ إذنِ المولى ثُمَّ أُعتِقا، نَفَذَ النِّكاحُ، ....

الصحيحَ والفاسدَ، وقالا: هو على الصحيح خاصةً، لأن المرادَ من النكاح الإعفافُ، وذٰلك بالدَّوام عليه، وأنه في الصحيح دون الفاسِد، ولأن الاسمَ عند الإطلاق يقعُ على الصحيح، كما في اليمين. ولأبي حنيفة: أن اللفظ يُجرَى على إطلاقِه، كما مرَّ في البيع، ولئن قال: البيعُ الفاسدُ يفيد بعضَ التصرُّفات، كالعتِق والملكِ وغيرِه. قلنا: والنكاحُ الفاسدُ أيضاً يفيدُ بعض التصرُّفات، كالنَّسبِ والعِدَّةِ والمهرِ، ومسألةُ اليمين ممنوعةٌ، ولئن سُلِّمت فالأيمانُ مبناها على العُرف. وثمرةُ الاختلاف: أنه لو تزوَّج نكاحاً فاسداً انتهى الأمرُ عنده، فليس له أن يتزوَّج أخرى. وعندهما: له أن يتزوَّج غيرَها نكاحاً صحيحاً، لأن الأوّلَ لم يدخل تحت الأمر فبقي الأمرُ، وليس له أن يتزوّج إلا امرأةً واحدة، لأن الأمرَ لا يقتضي التكرارَ، إلا أن يقول له: تزوَّج ما شئتَ، فيجوزُ له أن يتزوّج اثنتين.

قال: (**والإذْنُ في العَزْلِ لِمولى الأمَةِ**) وقالا: إليها، لأن الوطءَ حقُّها، والعزلُ تنقيصٌ له، فيشترط رضاها. ولأبي حنيفة: أن العزلَ يُخِلُّ بحقِّ المولى، وهو حصولُ الولد الذي هو ملكُه، فيشترط رضاه، بخلاف الحُرّة لأن الولدَ والوطءَ حقُّها.

قال: (**وإذا تَزَوَّجَ عبدٌ أو أمَةٌ بغيرِ إذنِ المولى ثُمَّ أُعتِقا**[1] **نَفَذَ النِّكاحُ**) لأنهما من أهل العبارةِ، والتوقفُ لحقِّ المولى وقد زال.

---

(١) في (س): أعتق، والمثبت من (م).

ولا خِيارَ للأمَةِ.

فصل

تزَوَّج ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً على أن لا مهرَ لها، أو على مَيتَةٍ ـ وذٰلكَ عندَهم جائزٌ ـ جازَ، ولا مهرَ لها (سم)، . . . .

(**ولا خِيارَ للأمَةِ**) لأنه إنما نَفَذَ بعدَ العِتق، فصار كأنها تزوجَتْ بعدَ العِتق، ولو تزوّجَتْ ودخل بها الزوجُ ثم أعتَقَها المولى جازَ النكاحُ لما بينا، والمهرُ للمولى، لأنه استوفَى منفعةَ مملوكةِ المولى، والقياسُ أن يجبَ مهرٌ آخر، ألا أنا استحسنّا وقلنا: يجبُ مهرٌ واحد، لأن الجوازَ استَنَدَ إلى أصلِ العقدِ، ولو أعتَقَها ثم دخل بها فالمهرُ لها، لأنه استوفى منفعةً مملوكة لها.

فصل

(**تزَوَّج ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً على أن لا مهرَ لها، أو على مَيتَةٍ ـ وذٰلكَ عندَهم جائزٌ ـ جازَ، ولا مهرَ لها**) وقالا: لها مهرُ مثلِها إن مات عنها أو دَخَلَ بها، وإن طلَّقها قبل الدخول فلها المتعةُ، لأنهم التزموا أحكامَنا في المعاملات، وصار كالربا، وله قوله عليه السلام: «اترُكُوهُم وما يَدينُونَ»[1]، وما التزموا أحكامَنا فيما يعتقدون خلافَه، وعقدُ الذمةِ مَنَعَ إلزامَهم بالسيف والحجة، بخلاف الربا، لأنه مستثنى من عقدِهم، قال عليه السلام: «إلاَّ مَن أَرْبى فليس بينَنا وبينَه عَهدٌ»[2]، وكذٰلك الزِّنَى، فإنه محرّمٌ في جميع الأديان.

---

(١) سلف ٢/ ٥٧٧.

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢٠٣ وقال: غريب. =

وإنْ تزوَّجها بِغيرِ شُهودٍ أو في عِدَّةٍ (سم) كافرٌ آخَرُ جازَ إن دَانُوهُ، ولو أسلَما أُقِرَّا عليه، ولو تزوَّجها على خَمْرٍ أو خِنزيرٍ ثُمَّ أسلَما أو أحدُهما فلها ذٰلك (سم) إن كانا عَينَين، وإلاَّ فَقيمَةُ الخَمرِ ومَهْرُ المِثْلِ في الخنزير، . . . .

(**وإنْ تزوَّجها بِغيرِ شُهودٍ أو في عِدَّةٍ كافرٌ آخَرُ جازَ إن دَانُوهُ، ولو أسلَما أُقِرَّا عليه**) وقالا: إذا تزوَّجها في العدَّةِ فهو فاسدٌ، فإن أسلَما أو أحدُهما أو تَرافعا إلينا فُرِّق بينهما، لأن نكاح المعتدَّةِ حرامٌ بالإجماع، وحرمةُ النكاح بغير شهودٍ مختَلَفٌ فيه، وهم التزموا أحكامَنا، ولم يلتزموها بجميع الاختلافات. وله: أنهم غيرُ مخاطَبين بفروع الشريعةِ، فلا تثبتُ الحُرمةُ حقاً للشرع، ولا للمطلِّق لأنه لا يعتقدُها، بخلاف العِدَّةِ من المُسلِم، لأنه يعتقدُها، وحالةُ المُرافعةِ أو الإسلام حالةُ البقاء، والعدَّةُ لا تُنافيها، كالموطوءةِ بشُبهةٍ، وكذا الشهادةُ ليست شَرْطاً حالةَ البقاء.

قال: (**ولو تزوَّجها على خَمْرٍ أو خِنزيرٍ، ثُمَّ أسلَما أو أحدُهما، فلها ذٰلك إن كانا عَينَين، وإلاَّ فَقيمَةُ الخَمرِ ومَهْرُ المِثْلِ في الخنزير**) وقال أبو يوسف: لها مهرُ المِثل في الحالين. وقال محمد: القيمةُ

= وأخرج ابن أبي شيبة ١٤/ ٥٥٠ عن عفان، عن عبد الواحد بن زياد، عن مجالد بن سعيد، عن الشعبي مرسلاً قال: كتب رسول الله ﷺ إلى أهل نجران وهم نصارى أن من بايع منكم بالربا، فلا ذمة له.

وأخرج أبو عبيد في «الأموال» (٥٠٣) عن أيوب الدمشقي، عن سعدان بن أبي يحيى، عن عُبيد الله بن أبي حميد، عن أبي المليح الهذلي مرسلاً: أن رسول الله ﷺ صالح أهل نجران، وكتب لهم كتاباً. . . وفيه: ومن سأل منهم حقاً فالنِّصفُ بينهم بنجران، على أن لا يأكلوا الربا، فمن أكل الربا من ذي قبل، فذمتي منه بريئة.

فيهما. لهما: أن الملكَ يتأكدُ بالقبض، فأشبه العقدَ، والإسلامُ مانعٌ منه، وصار كما إذا كانا دَينين.

وإذا امتنع القبضُ قال أبو يوسف: لو كانا مسلِمَين عند العقدِ يجبُ مهرُ المِثل، فكذا عند القبض. وقال محمد: صحَّتِ التسميةُ، وعَجَزَ عن التسليم بالإسلام، فتجبُ القيمة، كما إذا كان عبداً فهلك قبلَ القبض. ولأبي حنيفة: أن الملكَ تمَّ بنفس العقدِ في المُعيَّن، حتى جاز لها التصرُّفُ فيه، وبالقبض ينتقلُ إلى ضمانِها من ضمانِه، والإسلامُ غير مانعٍ من ذٰلك، كاستردادِ الخَمر المغصوب، وخمر المكاتَبِ الذميِّ إذا عَجَزَ، والمأذونِ إذ حُجِر عليه، وفي غير المعيَّن، إنما يملكُه بالقبض، والإسلام مانع، وإذا امتنع القبضُ فالخمرُ من ذوات الأمثالِ، والخنزيرُ من ذواتِ القِيَمِ، فتكون القيمةُ مقامَه، فلا يجبُ، فتعيَّن مهرُ المِثل، وتجبُ القيمةُ في الخمرِ، لأنها تقوم مقامَها[1].

قال: **(وإذا أسلَمَ المجُوسِيُّ فُرِّقَ بينَه وبينَ مَن تزَوَّجَ من مَحارِمِه)** أما عندهما فظاهرٌ، وأما عند أبي حنيفةَ فلأن المَحْرَميَّة إذا طرأت على النكاحِ الصحيحِ تُبطلُه، ولأنها تُنافي بقاءَ النكاح، ولا كذٰلك العدَّةُ على ما بينا، ويُفرَّقُ بينهما بإسلام أحدِهما بالإجماع، ولا يُفرَّق بمرافعةِ أحدِهما عند أبي حنيفةَ، خلافاً لهما، لقوله تعالى: ﴿ فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ ﴾ [المائدة: ٤٢]، ولأن مرافعةَ أحدِهما لا يُبطلُ

(١) في (س): لأنها لا تقومُ مقامَها، والمثبت من (م).

ولا يجُوزُ نكاحُ المُرتَدِّ والمرتَدَّةِ. والولَدُ يَتبَعُ خيرَ الأَبوينِ دِيناً، والكِتابيُّ خيرٌ من المجُوسِيِّ. وإذا أسلَمَتِ امرأةُ الكافرِ عُرِضَ عليه الإسلامُ، فإن أسلَمَ فهي امرأتُه، وإلاَّ فُرِّقَ بينهما، . . . .

حقَّ صاحبه، لأنه لا يعتقدُه، بخلاف ما إذا اتفقا، حيث يفرِّقُ بينَهم لما تلونا، ولأنهما رضيا بحُكمنا فيلزمُهما.

قال: (**ولا يجُوزُ نكاحُ المُرتَدِّ والمرتَدَّةِ**) بإجماع الصحابةِ، ولأنه لا فائدةَ فيه، لأن المقصود من شرعِ النكاح مَصالِحُه، ولا توجدُ، لأن المرتدَّ يُقتَل والمرتدّةُ تُحبَس، أو نقول: لا ملَّةَ لهما، لأنهما خرجا عن الإسلام، ولا يُقَرَّان على ما انتقلا إليه، ويجوز نكاحُ النصرانيِّ المجوسيةَ واليهوديةَ، واليهوديِّ النصرانيةَ والمجوسيةَ، والمجوسيِّ اليهوديةَ والنصرانيةَ، لأن الكفرَ كلَّه ملَّةٌ واحدةٌ، كذا رُوِي عن عمرَ رضي الله عنه[1]، ولا كفاءَةَ بين أهل الكفر.

قال: (**والولَدُ يَتبَعُ خيرَ الأَبوينِ دِيناً**) نظراً له، حتى لو كان أحدُهما مسلماً كان مسلماً، ولو أسلم أحدُهما ولهما ولدٌ صغير صار مسلماً.

(**والكِتابيُّ خيرٌ من المجُوسِيِّ**) حتى يجوزُ أكلُ ذبيحة الكتابي ومناكحتُه دون المجوسي.

قال: (**وإذا أسلَمَتِ امرأةُ الكافرِ عُرِضَ عليه الإسلامُ**) تحصيلاً لمصالح النكاح بالإسلام، لأنها قد فاتت بإسلامها.

(**فإن أسلَمَ فهي امرأتُه**) كما إذا أسلما معاً (**وإلاَّ فُرِّقَ بينهما**) لأن

---

(١) بيَّض له ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٨٣.

وتكونُ الفُرقَةُ طلاقاً (س). وإن أسلَمَ زَوجُ المَجُوسيَّةِ فإن أسلمتْ وإلاَّ فُرِّقَ بينهما بغيرِ طلاقٍ. وإن كان الإسلامُ في دارِ الحربِ تتوقَّفُ البينُونةَ في المَسأَلتينِ على ثَلاثِ حِيَضٍ قبلَ إسلامِ الآخَرِ. . . . .

الإسلام لا يصلُح أن يكون سبباً للفُرْقة لما أنه طاعةٌ وعبادةٌ، فيُجعل إباؤُه سبباً لفوات مصالح النكاح عقوبةً.

(**وتكونُ الفُرقَةُ طلاقاً**) وقال أبو يوسف: لا تكون طلاقاً، لأنه سببٌ يشترك فيه الزوجان، فلا يكون طلاقاً، كما إذا مَلَكها أو ملكَتْه. ولهما: أن الزوج تَرَكَ الإمساكَ بالمعروف مع القُدرة عليه، فينوبُ عنه القاضي في التسريحِ بالإحسان، فيكون قولُه كقول الزوج، فيكون طلاقاً كما في الجَبِّ والعُنَّة.

قال: (**وإن أسلَمَ زَوجُ المَجُوسيَّةِ، فإن أسلمتْ وإلاَّ فُرِّقَ بينهما بغيرِ طلاقٍ**) والفرق: أن المرأةَ ليست من أهل الطلاق، فلا ينتقل قولُ القاضي إليها، ثم إن كان قبلَ الدخول فلا مهرَ لها، لأن الفُرقةَ جاءت من قِبَلها، وإن كان قد دَخَلَ بها فلها المهرُ، لأنه تأكَّد بالدخول.

(**وإن كان الإسلامُ في دارِ الحربِ تتوقَّفُ البينُونةَ في المَسأَلتينِ على ثَلاثِ حِيَضٍ قبلَ إسلامِ الآخَرِ**) لأنه لا بدَّ من الفُرقة بينهما، ولا قُدرةَ على العَرْض في دار الحرب، فجعلنا ثلاثَ حِيَضٍ، وهو شرطُ الفُرقةِ مقام السبب، وهو العَرْضُ، كحافرِ البئرِ وغيرِه، ثم إذا بانت بثلاثِ حِيَضٍ ذَكَر في «السِّيَر الكبير» أنه طلاق عندهما. وروى أنها فرقةٌ بغير طلاق، كأبي يوسف. ولو أسلم الآخرُ قبل مضيِّ ثلاثِ حِيَضٍ لم تَبِنْ

وإذا خَرَجَ أحدُ الزَّوجَينِ إلينا مُسلِماً وقَعَتِ البَينُونَةُ بينهما، وكذا إن سُبِيَ أحدُهما، ولو سُبيا معاً لم تَقَعْ. وإذا خرجَتِ المرأةُ إلينا مُهاجرةً لا عِدَّةَ (سم) عليها. . . . .

منه. وإن أسلم زوجُ الكتابية فلا عَرْضَ ولا فُرقة، لأنه يجوز له نكاحُها ابتداءً، فلأن يبقى أولى. ولو أسلم أحدُ الزوجين وهما صبيّان عاقلان عُرِضَ الإسلامُ على الآخر، لأن الصبيَّ يخاطَبُ بالإسلام حقاً للعباد، حتى إنه يؤاخذُ بحقوقِ العباد، فإن أبى فُرِّقَ بينهما استحساناً، إيفاءً[1] لحقِّ صاحبه ودفعاً للضرر عنه.

قال: (**وإذا خَرَجَ أحدُ الزَّوجَينِ إلينا مُسلِماً وقَعَتِ البَينُونَةُ بينهما، وكذا إن سُبِيَ أحدُهما، ولو سُبيا معاً لم تَقَعْ**) فسببُ البينونةِ هو التباينُ دون السبي، لأن مصالحَ النكاح لا تحصُلُ مع التباين حقيقةً وحكماً، لأن مصالحَه إنما تحصلُ بالاجتماع، والتباينُ مانعٌ منه. أما السبيُ فإنه يقتضي ملكَ الرَّقَبةِ، وذٰلك لا يُنافي النكاحَ ابتداءً، فكذا بقاءً.

وأما المستأمَن فقصدُه الرجوعُ، فلم يوجد تباينُ الدارين حُكماً.

قال: (**وإذا خرجَتِ المرأةُ إلينا مُهاجرةً لا عِدَّةَ عليها**) وقالا: عليها العدّةُ لأنها من أحكام الإسلام، والفرقةُ حصلت في دار الإسلام، وله قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠]، نزلت في هٰذه القضيةِ نقلاً عن بعض المفسِّرين، ولأنها وَجَبَتْ إظهاراً

---

(١) في (س): إبقاءً، والمثبت من (م).

وإذا ارتَدَّ أحدُ الزَّوجَينِ وَقَعَتِ الفُرقَةُ بغير طلاقٍ (م). ثمَّ إن كانَ المُرتَدُّ الزَّوجَةَ بعدَ الدُّخُولِ فلها المَهرُ، وقَبلَه لا شيءَ لها ولا نفقةَ، وإن كانَ الزَّوجَ فالكُلُّ بعدَه والنِّصفُ قَبلَه. وإن ارتَدَّا معاً ثُمَّ أسلَما معاً فهما على نكاحِهما.

لخطر النكاح، ولا خطرَ لنكاح الحربيِّ، ولهٰذا قلنا: لا عدَةَ على المَسبيَّة.

قال: (**وإذا ارتَدَّ أحدُ الزَّوجَينِ وَقَعَتِ الفُرقَةُ بغير طلاقٍ**) وقال محمد: إن كان المرتدُّ الزوجَ فهي طلاقٌ لما مرّ في الإباء، وأبو يوسف مرَّ على أصلِه أيضاً. والفرقُ لأبي حنيفة: أن الرِّدَّة تُنافي المحليَّةَ، كالمَحرميَّةِ، والطلاقُ رافعٌ، فتعذَّر أن تكون الفرقةُ طلاقاً، ولهٰذا لا يُحتاج في الفُرقةِ هنا إلى القضاء، أما الإباءُ لا ينافي المحليةَ والنكاح، ولهٰذا تتوقف الفرقةُ على القضاء، وإنما بالإباء امتَنَعَ عن التسريح بإحسانٍ، فينوبُ القاضي مَنابَه على ما بينا.

(**ثمَّ إن كانَ المُرتَدُّ الزَّوجَةَ بعدَ الدُّخُولِ فلها المَهرُ، وقَبلَه لا شيءَ لها ولا نفقةَ**) وقد مرّ.

(**وإن كانَ الزَّوجَ فالكُلُّ بعدَه والنِّصفُ قَبلَه**) وذكر في «الفتاوى»: لو ارتدَّت المرأةُ قيل: لا يفسدُ النكاحُ زجراً لها، والصحيحُ أنه يفسدُ، وتُجبرُ على تجديد النكاح، زجراً لها أيضاً.

(**وإن ارتَدَّا معاً ثُمَّ أسلَما معاً، فهما على نكاحِهما**) لأنَّ بني حنيفة ارتدّوا في زمن أبي بكرٍ رضي الله عنه، ثم أسلموا، فأقرَّهم على أنكِحَتِهم، ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة، وذٰلك بمحضرٍ من الصحابة

فصل

وإذا كان بأحدِ الزَّوجَينِ عَيبٌ فلا خِيارَ للآخَرِ (م) إلاَّ في الجَبِّ وَالعُنَّة والخِصاء.

من غير نكيرٍ من أحدِهم، فكان إجماعاً[1]، فإن أسلم أحدُهما بعد الرِّدَّة فسدَ النكاح، كما في الابتداء.

ولو قبَّلها ابنُ زوجها أو وَطِئها حَرُمت على أبيه لما تقدَّم، وسقط مهرُها إذا كان قبل الدخول إن كانت مطاوعةً، لأن الفُرقةَ جاءت من قبَلها، فقد امتنعت عن تسليم المُبدلِ، فتُمنَعُ البدلَ كما في البيع، وإن كانت مُكرهةً لا يسقط. وفي الصغيرة لا يسقطُ في الوجهين جميعاً، وإن كان يُجامَع مثلها، لأنه لا اعتبارَ بفعلِها، حتى لا يتعلق به شيءٌ من الأحكام، فلا يجبُ عليها حدٌّ ولا تعزيرٌ ولا غُسلٌ، ولا مأثَمَ لعدم الخِطاب، فكذا هٰذا. وإن ارتدَّت الصغيرةُ يسقطُ مهرُها، لأنه إذا حُكم برِدَّتها بطلت محليةُ النكاح، فصارت كالكبيرة، إذ الكلامُ في التي تعقلُ الإسلامَ والرِّدَّة على ما يأتيك إن شاء الله.

فصل

(وإذا كان بأحدِ الزَّوجَينِ عَيبٌ فلا خِيارَ للآخَرِ إلاَّ في الجَبِّ وَالعُنَّة والخِصاء) أما عيوبُ المرأة فبإجماع أصحابنا، لأن المستحقَّ هو التمكينُ وإنه موجود، والاستيفاءُ من الثمرات، واختلالُه بالعيوب لا

---

(١) قال ابن قطلوبغا ص٢٨٣: استغربه بعضهم، وقال حافظ العصر أحمد ابن علي بن حجر: هو مأخوذ بالاستقراء.

. . . .

يوجبُ الفسخَ، لأن الفوات بالموتِ لا يوجبُه فهٰذا أولى. وأما عيوبُ الرجل وهي: الجنونُ والجُذامُ والبَرَصُ فكذٰلك. وقال محمد: لها الخيارُ، لأنه لا ينتظم بينهما المصالحُ، فيثبت لها الخيارُ دفعاً للضرر عنها، بخلاف الزوج لأنه يقدِرُ على دفعِه بالطلاق، وصار كالجَبِّ والعُنَّة. ولهما: أن الخيارَ يُبطلُ حقَّ الزوج فلا يثبتُ، وإنما يثبتُ في الجَبِّ والعُنة لإخلالهما بالمقصود من النكاح، والعيوبُ لا تُخِلُّ به.

والعِنِّين الذي لا يصل إلى النساء، أو يصلُ إلى الثيِّب دون الأبكار، أو يصلُ إلى غير زوجتِهِ ولا يصلُ إليها، وتكون العُنة لمرضٍ أو ضعفٍ أو كبر سنٍّ، أو من أخذٍ بسِحر، فإذا كان الزوجُ عِنِّيناً وخاصَمَتْه المرأةُ في ذٰلك، أجَّلَه القاضي سنةً، فإن وصلَ إليها وإلا فَرَّق بينهما إن طلبت المرأةُ ذٰلك، لأن لها حقاً في الوطء، فلها المطالبةُ به، ويجوز أن يكون ذٰلك لمرضٍ، ويُحتمل أن يكون لآفةٍ أصليةٍ، فجُعلت السَّنَةُ معرفةً لذٰلك، لاشتمالها على الفصول الأربعة، فإن كان المرضُ من برودةٍ أزاله حرُّ الصيف، وإن كان من رُطوبةٍ أزاله يَبْسُ الخريف، وإن كان من حرارةٍ أزاله بَرْدُ الشتاء، وإن كان من يَبْسٍ أزاله رطوبةُ الربيع على ما عليه العادةُ، وروي ذٰلك عن عمر وعليٍّ وابن مسعود رضي الله عنهم[1]، فإذا مضت السنةُ ولم يَصِلْ إليها عُلم

---

(١) أخرج عبد الرزاق في «المصنف» (١٠٧٢٠) عن معمر، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، قال: قضى عمر بن الخطاب في العنين أن يؤجل سنة، وهٰذا سند رجاله ثقات. =

. . . .

أنه لآفةٍ أصليَّةٍ، فتُخَيَّر، فإن اختارت نفسَها قال أبو يوسف ومحمد: بانَتْ، وهو ظاهرُ الرواية. وروى الحسنُ عن أبي حنيفة: لا تبينُ إلا بتفريق القاضي، وهو المشهورُ من مذهبِه.

لهما: أن الشرع خيَّرها عند تمام الحَول دفعاً للضرر عنها، فلا يحتاج إلى تفريق القاضي، كما إذا خيَّرها الزوجُ. وله: أن النكاح عقدٌ لازمٌ، وملكُ الزوج فيه معصومٌ، فلا يزول إلا بإزالتِه دفعاً للضرر عنه، لٰكن لما[1] وجبَ عليه الإمساكُ بالمعروف أو التسريحُ بالإحسان، وقد عَجَزَ عن الأول بالعُنَّة ولا يمكن القاضي النيابة فيه، وجب عليه التسريح بإحسان، فإذا امتنَع عنه، ناب القاضي منابَه، لأنه نُصِّبَ لدفع الظلم، فلا تبينُ بدون تفريق القاضي، فإذا فرَّق يصير كأنه طلَّقها

= وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» ٤/ ٢٠٧ عن يزيد بن هارون، عن سعيد ابن أبي عروبة، عن قتادة، عن سعيد بن المسيب، عن عمر: أنه أجل العِنِّينَ سنةً.

وأخرج ابن أبي شيبة ٤/ ٢٠٦ عن وكيع، عن سفيان، عن الركين بن الربيع ابن عميلة، عن أبيه، وحصين بن قبيصة، عن عبد الله بن مسعود، قال: يؤجل العنين سنة، فإن جامع وإلا فرق بينهما. وهو في «مصنف عبد الرزاق» (١٠٧٢٣) عن سفيان به. ورجاله ثقات.

وأخرج ابن أبي شيبة ٤/ ٢٠٦ عن أبي خالد الأحمر، عن محمد بن إسحاق، عن خالد بن كثير، عن الضحاك، عن علي، قال: يؤجَّل العنين سنة، فإن وصل، وإلا فرق بينهما.

(١) في (س): لا كمن، والمثبت من (م).

. . . .

بنفسه، فتكون تطليقةً بائنةً، ليحصُلَ مقصودُها وهو دفع الظلم عنها بمِلْكِها نفسَها. ويُشترط طلبُها، لأن الفرقةَ حقُّها.

والمرادُ السنة القمرية، لأنها المراد عند الإطلاق. وروى ابنُ سَمَاعة عن محمد: أنها سنةٌ شمسيةٌ وتُعتبر بالأيام، وتزيدُ على القمريَّة أحدَ عشَرَ يوماً، ويُحسبُ منها أيام الحَيض وشهرُ رمضان، لأن السنةَ لا تخلو عن ذٰلك، ويُحسَبُ مرضُه ومرضُها إن كان نصف شهر، وإن كان أكثرَ عوَّضه عنه. وعن أبي يوسف: إن حَجَّت أو هَرَبت أو غابت لم تُحتَسب تلك المدةُ من السنة، وإن حجَّ هو أو هَرَبَ أو غابَ احتُسب عليه من السنة.

والتأجيل إنما يكون بعدَ دعوى المرأةِ عند القاضي، فإن اختارت زوجَها لم يكن لها بعدَ ذٰلك خيارٌ، لأنها رضيت ببُطلان حقِّها، ولو خيَّرها القاضي فقامت من مجلِسها قبل أن تختار فلا خيارَ لها، كالمخيَّرةِ من زوجها، فإن طلب العِنِّينُ أن يؤجِّله القاضي سنةً أخرى، لم يؤجله إلا برضاها، فإن رضيت جازَ، ولها أن ترجع وتختار قبلَ مُضيِّ السنة الأخرى، فإذا فرَّق القاضي بينهما ثم تزوّجَها فلا خيارَ لها، لأنها رضيت بالعُنَّة. ولو اختلفا في الوصول إليها، فإن كانت ثيباً فالقولُ قولُه مع يمينِه، لأنه منكِرُ حقِّ التفريق، ولأن الأصل السلامةُ، والعيبُ عارض، فإن حَلَفَ بطل حقُّها، وإن نَكَلَ أُجِّلَ سنةً كسائرِ الحقوق، وإن كانت بكراً نظرها النساءُ، فإن قلن: هي بكرٌ، أجِّل سنةً، وإن قلن: هي ثيبٌ حُلِّف على الوجه الذي بينا.

فصل

على الرَّجُلِ أنْ يَعدِلَ بينَ نسائِه في البَيتُوتَة، . . . .

والمجبوبُ: وهو الذي قُطِع ذكرُه أصلاً، فإنه يفرَّق بينهما للحال، لأنه لا فائدةَ في التأجيل، والخَصِيُّ كالعِنِّين، لأن له آلةٌ تَنتَصبُ، ويُجامِع بها، غير أنه لا يُحْبِلُ، وهو الذي سُلَّت أُنثياه، وإذا أُجِّل سنةً وادّعى الوصولَ إليها وأنكرت، فالحكمُ كما إذا اختلفا قبل التأجيل، وإذا كان زوجُ الأمةِ عِنِّيناً فالخيارُ للمولى، كالعزل عند أبي حنيفة. وإذا كانت المرأةُ رَتقاء[1] فلا ولايةَ لها في الطلب، إذ لا حَقَّ لها في الوَطْء، ولو وَطِئها الزوجُ مرّةً واحدة ثم عُنَّ أو جُبَّ فلا طلب لها ولا خيار.

فصل

(على الرَّجُلِ أن يَعدِلَ بينَ نسائِه في البَيتُوتَة) لقوله عليه السلام: «مَن كان له امرأتانِ، فمال إلى إحدَاهما، جاءَ يومَ القيامةِ وأَحدُ شقَّيهِ مائلٌ»[2].

---

(١) الرتقاء: هي المنضمَّة الفرج، التي لا يكاد الذكر يجورُ فرجَها لِشدة انضمامه كما في «لسان العرب».

(٢) أخرجه من حديث أبي هريرة أبو داود (٢١٣٣)، وابن ماجه (١٩٦٩)، والترمذي (١١٤١)، والنسائي ٧/ ٦٣، وهو في «المسند» (٧٩٣٦)، و«صحيح ابن حبان» (٤٢٠٧). وهو حديث صحيح.

قال الخطابي في «معالم السنن» ٣/ ٢١٨-٢١٩: في هٰذا دلالة على توكيد وجوب القَسْم بين الضرائر الحرائر، وإنما المكروه من الميل هو ميلُ العِشْرة الذي يكون معه بخسُ الحق، دون ميل القلوب، فإن القلوب لا تملك، فكان=

والبِكرُ والثيِّبُ والجَديدَة والعَتيقَةُ والمُسلِمةُ والكتابيَّةُ سَواءٌ. وللحُرَّة ضِعْفُ الأمَةِ. ومَن وهَبَتْ نَصِيبَها لِصاحبتِها جازَ، . . . .

(والبِكرُ والثيِّبُ والجَديدَة والعَتيقَةُ والمُسلِمةُ والكتابيَّةُ سَواءٌ) لإطلاق ما روينا، ولأن ذٰلك من حُقوق النكاح، ولا تفاوتَ بينهنَّ فيها، ولا يجبُ عليه التساوي بينهنَّ في الوطء والمحبَّةِ. أما الوطءُ فلأنه يُبتنى على النشاط، وأما المحبةُ فلأنها فعلُ القلب، وقد روي أنه ﷺ كان يعدِلُ بين نسائِه ويقول: «اللهمَّ هٰذا قَسْمي فيما أَملكُ فلا تُؤاخِذْني فيما لا أَملِكُ»[1]، يعني زيادةَ المحبة لبعضهنَّ. ثم إن شاء جعل الدَّور بينهنَّ يوماً أو يومين أو أكثر، وله الخِيارُ في ذٰلك، لأن المستحقَّ عليه التسويةُ، وقد وُجدت.

قال: (وللحُرَّة ضِعْفُ الأمَةِ) لما عُرف أن الرِّقَّ منصِّفٌ، كما في العدَّة وغيره.

(ومَن وهَبَتْ نَصِيبَها لِصاحبتِها جازَ) لما روي أن رسولَ الله ﷺ قالَ لسودةَ بنت زَمْعةَ: «اعتدِّي»، فسألت رسولَ الله عليه السلام أن

= رسول الله ﷺ يُسَوِّي في القَسْم بين نسائه ويقول: «اللهم هٰذا قَسْمي فيما أملِك، فلا تؤاخذني فيما لا أملك» (أخرجه أصحاب السنن، وقال أبو داود: يعني القلب، وسيأتي تخريجه)، وفي هٰذا نزل قوله تعالى: ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ ۚ﴾[النساء: ١٢٩].

(١) أخرجه أبو داود (٢١٣٤)، وابن ماجه (١٩٧١)، والترمذي (١١٤٠)، والنسائي ٧/ ٦٣، وهو في «المسند» (٢٥١١١)، و«صحيح ابن حبان» (٤٢٠٥) من حديث عائشة. ورجاله ثقات. وانظر تفصيل القول فيه وتخريجه عندهما.

يراجعَها وتجعلَ يومها لعائشةَ، وأن تُحشَر مع نسائِه يومَ القيامة، ففعل[1] . ولأنه حقُّها وقد أبطلته برضاها.

(ولها الرَّجُوعُ في ذٰلك) لأنها وَهَبَتْ حقاً لم يجب بعدُ.

وإن أقام عند الواحدة أياماً بإذن الأخرى جاز من غيرِ مساواةٍ، لأنه

---

(١) أخرج أبو يوسف في «الآثار» (٦٦٧)، ومحمد بن الحسن في «الآثار» عن أبي حنيفة، عن الهيثم، عن النبي ﷺ أنه قال لسودة ابنة زمعة رضي الله عنها: «اعتدي» فقعدت له في الطريق، فسألته بوجه الله أن يراجعها، فقالت: والله ما بي حرص على الرجال، ولٰكني أحب أن أحشر مع أزواجك، وأجعل يومي لعائشة، ففعل رسول الله ﷺ ذٰلك.

وأخرج البيهقي ٧/ ٧٥ من طريق حفص بن غياث، عن هشام بن عروة، عن أبيه: أن رسول الله ﷺ طلق سودة، فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه، فقالت: مالي في الرجال من حاجة، ولٰكني أريد أن أحشر في أزواجك، قال: فراجعها، وجعل يومَها لعائشة رضي الله عنها وكان يقسم لها بيومها ويوم سودة.

وأصل الحديث في «الصحيحين»، أخرجه البخاري (٢٥٩٣) و(٥٢١٢)، ومسلم (١٤٦٣) ولفظ مسلم: عن عائشة قالت: ما رأيت امرأة أحب إلي أن أكون في مسلاخها من سودة بنت زمعة من امرأة فيها حِدَّة، (وصفتها بقوة النفس وجودة القريحة، وهي الحِدة) قالت: فلما كَبِرَتْ جعلت يومَها من رسول الله ﷺ لعائشة. قالت: يا رسول الله قد جعلت يومي منك لعائشة. فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومين: يومها، ويوم سودة.

وانظر ألفاظ الحديث عند البخاري فيه.

ويُسافِرُ بمَن شاءَ، والقُرعَةُ أولى.

ﷺ لما مرضَ استأذن نساءَه أن يكون في بيت عائشةَ فأذنَّ له، فكان في بيتها حتى قُبض ﷺ[1].

وفيه دليل على أن القَسْم يجبُ على الرجل وإن كان مريضاً، ويؤمَر الصائمُ بالنهار والقائمُ بالليل أن يبيت معها إذا طَلَبَت. وعن أبي حنيفة: يجعل لها يوماً من أربعةِ أيامٍ، وليس هٰذا بواجبٍ، لأنه يؤدي إلى فوات النوافل أصلاً على من له أربعٌ من النساء، ولٰكن يؤمَر بإيفاء حقِّها من نفسِه أحياناً، ويصوم ويصلي ما أمكنَه، ولو أعطت زوجَها مالاً أو حطَّته من مهرها ليزيد في قَسْمها لم يجز وترجعُ بما أعطته، وكذا لو زادها الزوجُ في مهرِها لتجعل يومَها لغيرِها، والوجه فيه ما بينا.

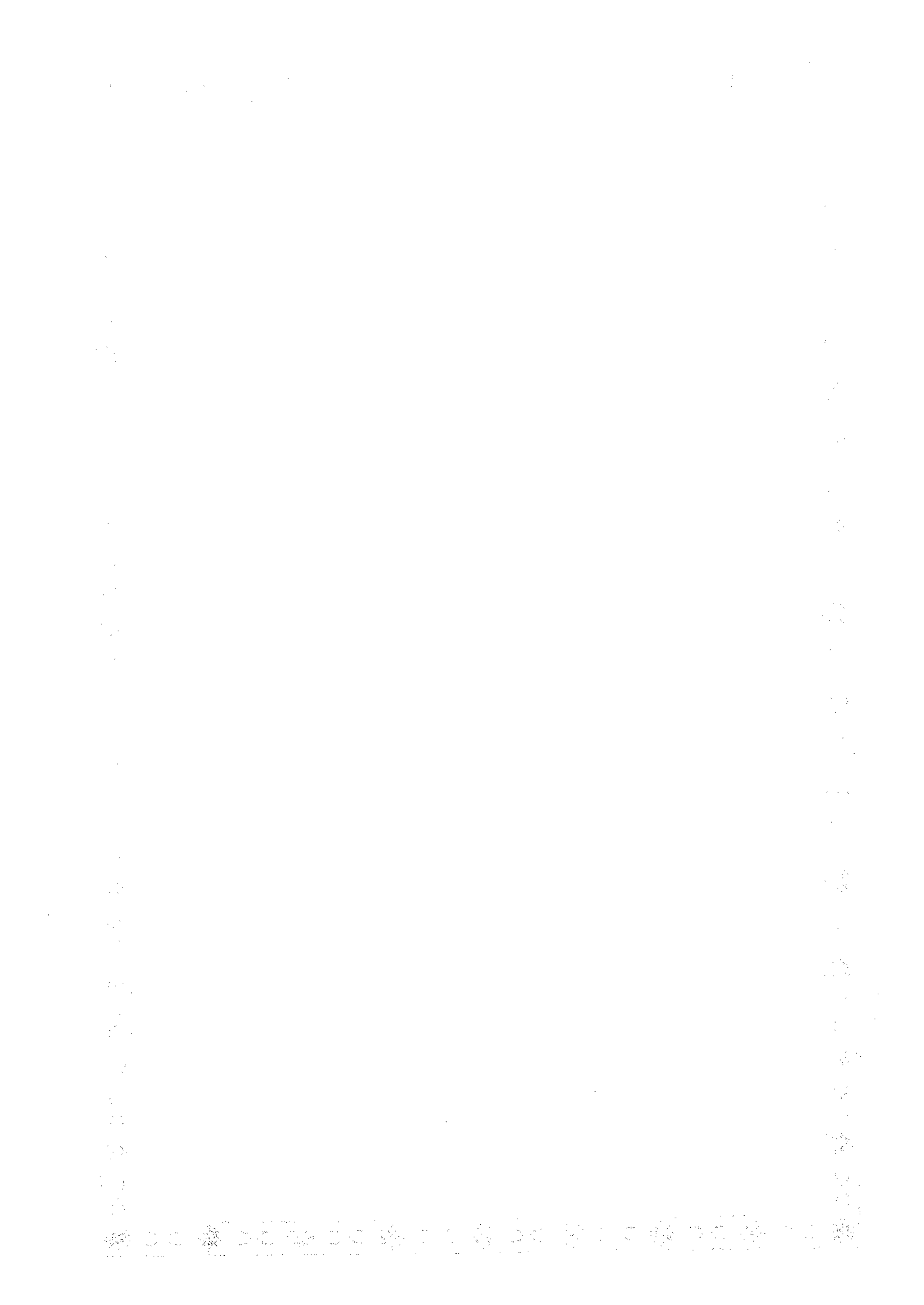
قال: (**ويُسافِرُ بمَن شاءَ، والقُرعَةُ أولى**) لأنه لا حقَ لهنّ حالَ السفر، حتى كان له أن لا يسافر بواحدةٍ منهنَّ أصلاً، ويُقرِعُ بينهنَّ تطييباً لقلوبهنَّ، وقد ورد ذٰلك عنه ﷺ[2]. ومن سافر بها ليس عليه قضاءُ حقِّ الباقيات، لأنه كان متبرِّعاً لا موفياً حقّاً، وإن ظلم بعضَهنَّ يوعظُ، فإن لم ينته يوجعُ عقوبةً زجراً له عن الظلم.



---

(١) أخرجه من حديث عائشة البخاري (١٩٨)، ومسلم (٤١٨)، وهو في «المسند» (٢٤٠٦١).

(٢) أخرجه من حديث عائشة البخاري (٢٥٩٣)، ومسلم (٢٤٤٥)، وهو في «المسند» (٢٤٨٣٤)، و«صحيح ابن حبان» (٤٢١٢).



كتاب الرضاع

وحُكمُ الرَّضَاعِ يَثبُتُ بقَلِيلِه (ف) وكثيرِه. . . . .

كتاب الرضاع

وهو واجبٌ إحياءً للولد، لقوله تعالى: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، أي: ليرضعن أولادهن.

(وحكم الرَّضاع يَثبتُ بقليلِه وكثيرِه) لقوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، مطلقاً، وقال عليه السلام: «يحرُم من الرَّضاع ما يحرُم من النَّسَب»[١] من غير فصلٍ، وقال عليه السلام: «الرَّضاعُ ما يُنْبِتُ اللَّحمَ ويُنشِزُ العَظمَ»[٢]،

---

(١) صحيح وقد سلف تخريجه ص٤٦.

(٢) حديث صحيح بشواهده، أخرجه أبو داود (٢٠٥٩)، والدارقطني في «سننه» (٤٣٥٨)، والبيهقي ٧/ ٤٦٠ من طريق سليمان بن المغيرة، عن أبي موسى الهلالي، عن أبيه، عن ابن لعبد الله بن مسعود، عن ابن مسعود قال: لا رضاع إلا ما شدَّ العظم وأنبت اللحم، فقال أبو موسى: لا تسألونا وهٰذا الحَبْر فيكم.

وأخرجه أيضاً (٢٠٦٠) عن محمد بن سليمان الأنباري، عن وكيع، عن سليمان، عن أبي موسى الهلالي، عن أبيه، عن ابن مسعود عن النبي ﷺ مرفوعاً بمعناه (أي بمعنى سابقه) وقال: «أنشز العظم». وأبو موسى ووالده مجهولان كما قال أبو حاتم.

«انظر المسند» (٤١١٤). =

إذا وُجِدَ في مُدَّتِه وهي ثلاثُونَ (سم) شَهراً. . . . .

وإنه يحصلُ بالقليل، لأن اللبنَ متى وَصَلَ إلى جَوف الصبيِّ أَنبتَ اللحمَ وأَنْشَزَ العَظْمَ.

قال: (إذا وُجِدَ في مُدَّتِه وهي ثلاثُونَ شَهراً) وقال: سَنَتان، لقوله تعالى: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقال تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ۚ ﴾ [الأحقاف: ١٥]، وأدنى مدّةِ الحَمْل ستةُ أشهر، فبقي للفِصال سنتان. ولأبي حنيفة الآيةُ الثانية، والتمسكُ بها أن الله تعالى ذكر الحملَ والفِصالَ وضَربَ لهما مدةَ ثلاثين شهراً، فتكون مدةً لكل واحدٍ منهما، كما إذا باعَه عبداً وأَمَة إلى شهر، فإن الشهر يكون أجلاً لكلِّ واحدٍ منهما، وكذا لو باعَه شيئاً وآجَره شيئاً آخرَ صفقةً واحدةً إلى مدةٍ معلومةٍ، كانت المدةُ أجلاً لكلِّ واحد منهما، فعُلِم أن الآية تقتضي أن يكون الثلاثون شهراً أجلاً لكل واحدٍ من الحمل والفِصال، خرج الحملُ عن ذٰلك فبقي الفِصالُ على مقتضاه، والآية الأولى محمولةٌ على مدَّةِ الاستحقاق، حتى لا يكونُ للأم المبتوتةِ المطالبةُ بأجرةِ الرَّضاع بعد الحَولين، فعملنا بالآية الأولى في نفيَ وجوبِ الأجرة بعد الحَولين، وبالثانية في الحُرمةَ إلى

= وفي الباب عن عائشة عند البخاري (٢٦٤٧)، ومسلم (١٤٥٥)، وهو في «المسند» (٢٥٧٩٠) وفيه: «فإنما الرضاعة من المجاعة».

وعن أم سلمة أخرجه الترمذي (١١٥٢)، وابن حبان في «صحيحه» (٤٢٢٤) ولفظه: «لا يحرم من الرَّضاع إلا ما فتق الأمعاء». وسنده صحيح.

. . . .

إلى ثلاثين شهراً أخذاً بالاحتياط فيهما. أو نقول: المرادُ الحملُ على الأكُفِّ وفي الحِجْر حالةَ الإرضاع، لأن مدةَ الحملِ غيرُ مقدَّرةٍ بثلاثين شهراً بالإجماع، فإذا انقضت مدته لا اعتبار بالرضاع بعده، لقوله عليه السلام: «لا رَضاعَ بعدَ الفِصالِ»[1]، والمراد حكمُه. وهل يُباح الإرضاعُ بعد المدَّةِ؟ فيه خلاف. والمحرَّم من الرضاع[2]: ما وقع في المدَّةِ، سواءٌ فُطِم أو لم يُفطَم. وقال الخَصَّاف ـ وهو رواية عن أبي حنيفة ـ: إن استغنَى بالفِطام عن اللبن ثم رَضَع في المدَّةِ لا تثبتُ الحرمةُ، وإن لم يستغنِ تثبتُ.

(١) أخرجه مرفوعاً عبد الرزاق (١١٤٥٠) و(١٣٨٩٧)، ومن طريقه البيهقي ٧/ ٤٦١ من طريق معمر، عن جويبر، عن الضحاك بن مزاحم، عن النزال بن سبرة، عن علي بن أبي طالب، عن النبي ﷺ. . . فذكره. جويبر ـ وهو ابن سعيد ـ ضعيف جداً.

وأخرجه بالإسناد نفسه موقوفاً عبد الرزاق (١١٤٥١) و(١٣٨٩٨).

وأخرجه كذلك البيهقي ٧/ ٤٦١ من طريق جويبر بن سعيد، عن النزال بن سبرة ومسروق الأجدع أن علياً. . . فذكره.

وأخرجه ابن أبي شيبة ٤/ ٢٩٠ عن إسماعيل بن رجاء، عن النزال بن سبرة، عن علي موقوفاً.

وأخرجه أبو داود الطيالسي (١٧٦٧)، وابن عدي في «الكامل» ٣/ ١٢٢١ من حديث جابر، وإسناده واهٍ كما قال الحافظ ابن حجر في «الدراية» ٢/ ٦٨.

وانظر «مصنف عبد الرزاق» ٧/ ٤٦٤-٤٦٦.

(٢) في (م): الإرضاع، والمثبت من (س).

ويحرُمُ من الرّضاعِ ما يحرُمُ من النَّسَبِ إلاَّ أُختَ ابنِهِ وأُمَّ أُختِهِ. وإذا أرضَعَتِ المرأةُ صَبيَّةً حَرُمَت على زَوجِها وآبائِهِ وأبنائِهِ، . . . .

قال: (**ويحرُمُ من الرّضاعِ ما يحرُمُ من النَّسَبِ**) لما روينا (**إلاَّ أُختَ ابنِهِ**[1] **وأُمَّ أُختِهِ**)[2] فإنها تحرُمُ من النسب دون الرَّضاع، لأن في النَّسب لمَّا وَطئَ أمَّ أبيه[3] فقد حرُمت عليه بناتُها، وأم أختِهِ موطوءة أبيه ولم يُوجد ذٰلك في الرَّضاع.

قال: (**وإذا أرضَعَتِ المرأةُ صَبيَّةً حَرُمَت على زَوجِها وآبائِهِ وأبنائِهِ**) فتكون المرضعةُ أمَّ الرضيع، وأولادُها إخوتَه وأخواتِه مَن تقدَّم ومَن تأخر، فلا يجوزُ أن يتزوّج شيئاً من ولدِها وولدِ ولدِها وإن سَفَلوا. وآباؤُها أجدادُه، وأمهاتُها جَدَّاتُه من قِبَل الأم، وإخوتُها وأخواتُها أخوالُه وخالاتُه. ويكون زوجُها الذي نزل منه اللبنُ أبَ المُرضَعةِ، وأولادُه إخوتَها، وآباؤُه وأمهاتُه أجدادَها وجداتِها من قِبَل الأب، وإخوتُه وأخواتُه أعمامَها وعماتِها، لا تحلُّ مناكحةُ أحدٍ منهن، كما في النسب. قال عليه السلام لعائشة: «لِيَلِجْ عليكِ أفلحُ، فإنَّه عَمُّكِ من الرَّضاعةِ»[4].

---

(١) صورته: امرأة أرضعت صبياً، وكان للصبي أب، وللمرأة بنت، يجوز لهٰذا الأب أن يتزوج بنت هٰذه المرأة. كذا في هامش (س).

(٢) صورته: امرأة أرضعت صبية، ولهٰذه الصبية أخ، يجوز لهٰذا الأخ أن يتزوج من المرأة. كذا في هامش (س).

(٣) كذا في (س)، وفي (م): ابنه.

(٤) أخرجه البخاري (٢٦٤٤)، ومسلم (١٤٤٥)، وهو في «المسند» (٢٤٠٥٤) و(٢٥٤٤٣).

وإذا رَضَعَ صَبِيَّان من امرأةٍ فهما أخَوانِ، وإن اجتَمَعا على لَبَنِ شاةٍ فلا رَضَاعَ بينَهما. . . . .

ولو وَلَدَت من رجلٍ وأرضَعَتْ ثم يَبِس اللبنُ، ثم دَرَّ، فأرضعت به صبيّاً، يجوزُ لذلك الصبيِّ أن يتزوّج بنتَ الزوج من غيرِها. وكذا لو لم تَلِدْ منه قطُّ، فنزل لها لبنٌ، وكذا لبنُ البِكر إذا لم تتزوّج إذا أرضعت به صبيّاً حَرُمَ عليها لا غير، ولو أرضعت صبيةً لا تحرُم على ولدِ زوجها من غيرِها.

ولا يحلُّ للرَّضيع أن يتزوَّج امرأةً وَطِئها زوجُ المرضعةِ، لأنها منكوحةٌ للأب، ولا للزَّوجِ أن يتزوَّج امرأةً وَطِئِها الرضيعُ، لأنها موطوءةُ الابنِ كما في النسب.

(**وإذا رَضَعَ صَبِيَّان من امرأةٍ فهما أخَوانِ**) لأن أمهما واحدةٌ، فلو كانا بنتين لا يجوزُ لأحدٍ الجمعُ بينهما، وكذا لو كان لرجلٍ زوجتان وَلَدَتا منه ثم أرضعَتْ كلُّ واحدةٍ صغيراً صار الرَّضيعان أخَوَيـن من أبٍ.

(**وإن اجتَمَعا على لَبَنِ شاةٍ فلا رَضَاعَ بينَهما**) لأنه لم تثبت الحرمةُ بينَه وبين الأم، لتنتقل إلى الأخِ، إذ هي الأصلُ، لأن الحرمةَ تثبتُ في الأم ثم تتعدَّى.

رجلٌ طلَّق امرأتَه ولها لبنٌ، فتزوّجت آخرَ وحَبلَت، ونزل لها لبنٌ فهو للأوّل ما لم تَلِدْ. وقال أبو يوسف: هو منهما إلا أن يعرف أنه من الثاني، وإنه يعرف بالغِلَظِ والرِّقَّة. وقال محمد: هو منهما ما لم تضع،

وإذا اختَلَطَ اللَّبَنُ بخلافِ جنسِه كالماءِ والدُّهْن والنَّبِيذِ والدَّواءِ ولَبَنِ البهائِمِ فالحُكمُ لِلغالِبِ، وكذٰلكَ إن اختَلَطَ بجِنسِه بِأنِ اختَلَطَ لَبَنُ امرأتَينِ (م ز)، وإن اختَلَطَ بالطَّعامِ فلا حُكمَ له وإن غَلَبَ (سم)، . . . .

فإذا وَضَعَت فمن الثاني، لأنه من الأول بيقينٍ، واحتمل كونُه من الثاني، فيُجعل منهما احتياطاً للحرمات، وكذٰلك يقول أبو يوسف، إلا إذا عرفنا أنه من الثاني فيُجعل منه. وأبو حنيفة يقول: هو من الأوّل بيقينٍ، ووقع الشكُّ في كونِه من الثاني، والشكُّ لا يعارِض اليقين، فإذا وَلَدَت تيقّنا أنه من الثاني، ولا اعتبارَ بالغِلَظِ والرِّقَّة، لأن ذٰلك يتغير بتغير الأحوال والأغذيةِ.

قال: (**وإذا اختَلَطَ اللَّبَنُ بخلافِ جنسِه كالماءِ والدُّهْن والنَّبِيذِ والدَّواءِ ولَبَنِ البهائِمِ، فالحُكمُ لِلغالِبِ**) فإن غَلَبَ اللبنُ تثبت الحرمةُ، وإلا فلا.

(**وكذٰلكَ إن اختَلَطَ بجِنسِه، بِأنِ اختَلَطَ لَبَنُ امرأتَينِ**) وقال محمد وزفر: تثبتُ الحُرمة بهما، لأن الشيء لا يصيرُ مستهلَكاً بجنسِه، بل يتقوّى به، وكلُّ واحد منهما سببٌ لإنبات اللحم وإنشازِ العظمِ. ولنا: أن منفعةَ المغلوب لا تظهرُ في مقابلةِ الغالِب، فإن قليلَ الماء إذا وَقَعَ في البحر لا يبقى لأجزاءِه منفعةٌ، لكثرة التفرُّقِ، وإذا فاتت المنفعةُ بسبب الغَلَبَة بقي حكمُ الرَّضاع للكثير.

(**وإن اختَلَطَ بالطَّعامِ فلا حُكمَ له وإن غَلَبَ**) وقالا: إن غَلَبَ تعلَّق به التحريم، والخلافُ في غير المطبوخ، أما المطبوخ لا تثبتُ به

وتَتَعلَّقُ الحُرمةُ بلَبَنِ المرأةِ بعدَ موتِها، وكذٰلكَ تتعلَّقُ بلَبَنِ البِكرِ، ولا تتعلَّقُ بلَبَنِ الرَّجُلِ، ولا بالاحتِقانِ. وتَتَعلَّقُ بالاستِعاطِ والإيجارِ، . . . .

الحرمةُ بالإجماع. لهما: أن حُكم المغلوب لا يظهرُ في مقابلةِ الغالبِ، فصار الحكمُ للبن، وله أن الطعام يسلُبُ قوّةَ اللبن، ولا يكتفي الصبيُّ بشُربه، والتغذّي يحصُل بالطعام إذ هو الأصلُ فكان اللبنُ تَبَعاً، بخلاف الدواءِ لأنه يقوِّي اللبنَ ويزيدُ في قُوَّته.

(**وتَتَعلَّقُ الحُرمةُ بلَبَنِ المرأةِ بعدَ موتِها**) لأنه سببٌ لإنبات اللحم وإنشازِ العَظْمِ، ومعنى الغذاء لا يزولُ بالموت، وصار كما إذا حَلَبَ منها حالَ حياتها.

(**وكذٰلكَ تتعلَّقُ بلَبَنِ البِكرِ**) لما بينا.

(**ولا تتعلَّقُ بلَبَنِ الرَّجُلِ**) لو نزل له، لأنه ليس بلبنٍ حقيقةً، لأن اللبن لا يكون إلا ممن يُتصوَّرُ منه الولادة، كذا قالوا.

قال: (**ولا بالاحتِقانِ**) لأنه لا يصلُ إلى المعدةِ، فلا يحصلُ به النُّشوء والنُّشوز، وكذا إن أُقطِر في أذنِه أو إحليلِه أو جائفةٍ أو آمَّةٍ لما قلنا. وعن محمد: أن الاحتقان تثبتُ به الحرمةُ قياساً على فسادِ الصوم. والفرق أن المفسِدَ في الصوم التغذي أو التداوي، وأنه حاصلٌ بالاحتقان، أما الرَّضاع إنما يثبتُ بمعنى النُّشوء، وأنه معدوم في الاحتقان.

قال: (**وتَتَعلَّقُ بالاستِعاطِ والإيجارِ**) لأنه يصلُ إلى المعدةِ، فيحصل به النُّشوء.

وإذا أرضَعَتِ امرأتُه الكبيرَةُ امرأتَه الصَّغيرةَ، حَرُمتا على الزَّوجِ، ولا مهرَ للكبيرةِ، وإن كان قَبلَ الدُّخُولِ، وللصَّغِيرةِ نِصْفُ المهرِ، ويَرجعُ به على الكبيرةِ إن كانت تعَمَّدَتِ الفسادَ، . . . .

امرأةٌ أدخلت حَلَمةَ ثديِها في فم رضيعٍ، ولا يُدرَى أدَخَلَ اللبنُ في حلقِه أم لا؟ لا يحرمُ النكاح. وكذا صبيةٌ أرضعها بعضُ أهل القرية، ولا يُدرَى من هو، فتزوّجها رجلٌ من أهل تلك القرية؟ يجوز، لأن إباحةَ النكاح أصلٌ، فلا يزولُ بالشَّكِّ.

ويجبُ على النساء أن لا يُرضعنَ كلَّ صبيٍّ من غير ضرورةٍ، فإن فعلنَ فليَحْفَظنَه أو يكتُبنَه احتياطاً.

قال: (**وإذا أرضَعَتِ امرأتُه الكبيرَةُ امرأتَه الصَّغيرةَ، حَرُمتا على الزَّوجِ**) لأنهما صارتا أُمّاً وبنتاً. والرَّضاع الطارئُ على النكاح كالمقارِن في التحريم، كحُرمة المصاهرة، لأنه لا بقاءَ للشيء مع المنافي.

(**ولا مهرَ للكبيرةِ إن كان قَبلَ الدُّخُولِ**) لأن الفُرقة جاءت من قِبَلها.

(**وللصَّغِيرةِ نِصْفُ المهرِ**) لأن الفُرقة ليست من قِبَلها، ولا اعتبارَ باختيارها الإرضاع، لأنها مجبولةٌ عليه طبعاً (**ويَرجعُ به على الكبيرةِ إن كانت تعَمَّدَتِ الفسادَ**) لأنها مسببة للفُرقة، فإن إلقاء الثَّدْي في فمِها سببٌ لوصول اللبن إلى جَوفها، والتسبب يُشترط فيه التعدِّي، كحافرِ البئر، وإن لم تتعمد الفسادَ فلا شيءَ عليها، وإن علمت أنها زوجتُه، لما بينا أنها مسبِّبةٌ، والتعدّي يثبتُ إذا علمت أنها زوجتُه وقصدتْ وقوعَ

والقولُ قولُها في التَّعمُّدِ مع يَمينِها .

الفُرقة بينهما، ولو لم تعلم بالنكاح فلا شيءَ عليها، وكذٰلك إن علمت بالنكاح لـٰكن قَصَدَتْ بالإرضاع دفعَ الجوعِ والهلاكِ عنها، لأنها مأمورةٌ بذٰلك، وكذا لو علمت بالنكاح دونَ الفَساد لا تكون متعديةً .

(**والقولُ قولُها في التَّعمُّدِ مع يَمينِها**) لأنها تُنكر الضمانَ .

ولو أرضعت زوجةُ الأب امرأةَ ابنه تحرمُ عليه، لأنها صارت أختَه من الأب .

تزوجَ صغيرتين فأرضعَتْهُما معاً أو متعاقباً حرُمتا عليه، وعليه لكلِّ واحدةٍ نصفُ المهر، لأنها مجبورةٌ على الارتضاع[1] بحُكم الطبع، ويَرجع على المرضعةِ إن تعمدت الفسادَ على الوجه الذي بينا .

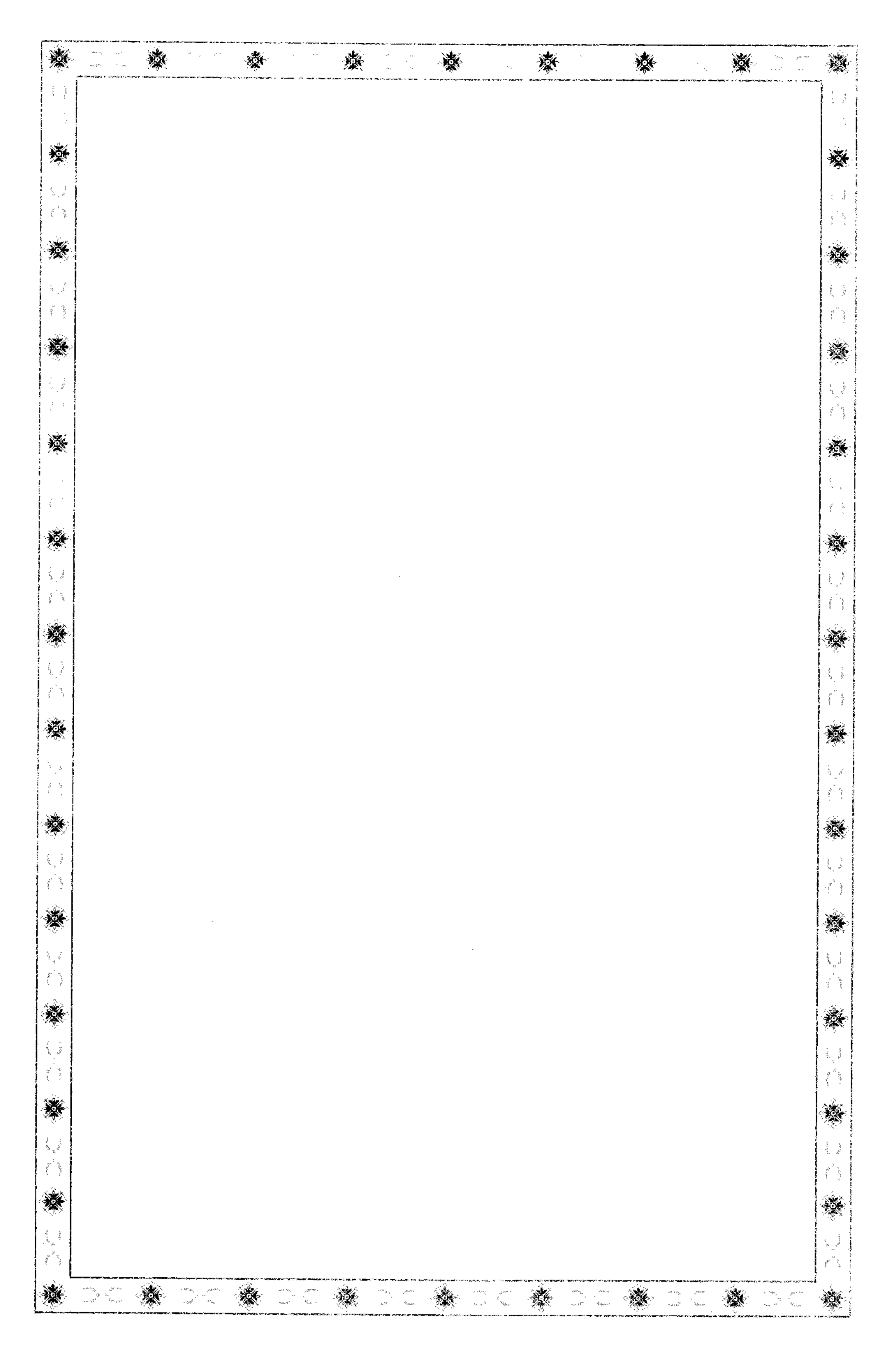
وإن كنَّ ثلاثاً فأرضعتهنَّ على التعاقب حرُمت الأولى والثانيةُ دون الثالثة، لأنها لما صارت أختاً لهما لم يبقَ الجمعُ في النكاح .

وإن أرضعتهنَّ معاً، بأن ألقت ثديَها في فمِ اثنتين وكانت حلبت قبل ذٰلك فأوْجَرَت الثالثة، واتفق وصولُ اللبن إليهنَّ معاً، حرُمْنَ جميعاً، وعلى هٰذا تُخرَّج جميعُ مسائل هٰذا الجنس .



---

(١) في (م): الإرضاع، والمثبت من (س) .



كتاب الطلاق

....

كتاب الطلاق

وهو في اللغة: إزالةُ القيدِ والتَّخليةُ، تقول: أطلقتُ إبلي، وأطلقتُ أَسِيري.

وفي الشرع: إزالة ملك النكاح الذي هو قيدٌ معنىً.

وهو قضيةٌ مشروعةٌ بالكتاب والسنة والإجماع وضَرْبٍ من المعقول. أما الكتابُ فقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]. وقولُه: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. والسنةُ قوله عليه السلام: «كلُّ طلاقٍ واقعٌ إلا طلاقَ المعتوه والصبيِّ»[١]، وقوله عليه السلام:

---

(١) أخرجه بلفظ: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على أمره» الترمذي (١١٩١) من حديث أبي هريرة. وفي سنده عطاء بن عجلان وهو ضعيف جداً.

وصح موقوفاً عن علي بلفظ: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه» أخرجه عبد الرزاق (١٢٢٧٦)، وابن أبي شيبة ٥/ ٣١، وأبو القاسم البغوي في «الجعديات» (٧٦٤) و(٧٦٥) و(٧٦٦)، والبيهقي ٧/ ٣٥٩، وعلقه البخاري قبل الحديث رقم (٥٢٦٩).

. . . .

«أبغضُ المباحاتِ إلى الله الطلاقُ»[١]. وعلى وقوعه انعقَدَ الإجماعُ، ولأن استباحةَ البُضْع ملكُ الزَّوج على الخُصوص، والمالكُ الصحيحُ القولِ يملك إزالـةَ ملكِه كما في سائر الأملاك، ولأن مصالحَ النكاح قد تنقلبُ مفاسدَ، والتوافُقُ بين الزوجين قد يصيرُ تنافراً، فالبقاءُ على النكاح حينئذٍ يشتملُ على مفاسدَ من التباغض والعداوةِ والمَقْت وغيرِ ذٰلك، فشُرِع الطلاقُ دفعاً لهٰذه المفاسد، ومتى وقَعَ لغير حاجةٍ، فهو مباحٌ مبغوضٌ، لأنه قاطعٌ للمصالح، وإنَّما أُبيحتِ الواحدةُ للحاجةِ، وهو الخلاصُ على ما تقدّم، وفي الحديث: «ما خَلَقَ الله تعالى مباحاً أحبَّ إليه من العِتاق، ولا خَلَقَ مُباحاً أبغضَ إليه من الطلاق»[٢].

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٧٨)، وابن ماجه (٢٠١٨)، والحاكم ٢/ ١٩٦، والبيهقي ٧/ ٣٢٢ من طريقين عن محارب بن دثار، عن ابن عمر رفعه بلفظ: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق».

ورواه أبو داود (٢١٧٧)، والبيهقي ٧/ ٣٢٢، وليس فيه ذكر ابن عمر، ورجح أبو حاتم والدارقطني في «العلل» والبيهقي المرسل.

قلنا: إسناد المرسل صحيح، والأخذ بالمرسل هو مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد إذا كان المُرسِلُ ثقة يتحرز في روايته عن غير الثقات، وأن لا يكون في الباب حديث صحيح متصل يضاده.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١١٣٣١)، وإسحاق بن راهويه في «مسنده» فيما ذكره البوصيري في «إتحاف الخيرة» (٤٤٦١)، وأبو يعلى في «مسنده الكبير» كما كما البوصيري (٤٤٦٢)، والدارقطني (٣٩٨٤)، والبيهقي ٧/ ٣٦١ من طريق حميد بن مالك، عن مكحول، عن معاذ، عن النبي ﷺ، فذكره. =

وهو على ثلاثَةِ أوجُهٍ: أحسَنُ، وحَسَنٌ، وبِدْعِيٌّ. فأحسَنُه: أن يُطَلِّقَها واحدَةً في طُهْرٍ لا جِمَاعَ فيه، ويترُكَها حتى تَنْقَضيَ عدَّتُها. وحَسَنُه: أن يُطَلِّقَها ثلاثاً في ثلاثَةِ أطْهارٍ لا جِماعَ فيها. ....

(وهو على ثلاثَةِ أوجُهٍ: أحسَنُ، وحَسَنٌ، وبِدْعِيٌّ. فأحسَنُه: أن يُطَلِّقَها واحدَةً في طُهْرٍ لا جِمَاعَ فيه، ويترُكَها حتى تَنْقَضيَ عدَّتُها) لما روي عن إبراهيمَ النَّخَعيِّ: أن أصحابَ رسولِ الله ﷺ كانوا يستحبُّون أن لا يطلِّقوا للسُّنَّة إلا واحدةً، ثم لا يطلِّقوا غيرها حتى تنقضي عدَّتها. وفي رواية: وكان ذٰلك أحسنَ عندَهم من أن يطلِّق الرجلُ ثلاثاً في ثلاثةِ أطهارٍ[1]، ولأنه إذا جامَعَها لا يؤمَن من الحَبَل وهو لا يعلمُ به، فإذا ظَهَرَ نَدِمَ فكان ما ذكرناه أبعدَ من النَّدَم، وكان أولى، وفي التي لا تحيضُ لصِغَرٍ أو كِبَرٍ يطلِّقُها أيَّ وقتٍ شاء لعدمِ ما ذكرنا، ولأنه أُبيح للحاجةِ على ما تقدَّم، والحاجةُ تندفعُ بالواحدة.

(وحَسَنُه): طلاقُ السُّنَّة، وهو (أن يُطَلِّقَها ثلاثاً في ثلاثَةِ أطْهارٍ لا جِماعَ فيها) لما روي: أنَّ عبدَ الله بن عمر طلَّق امرأتَه وهي حائضٌ، فقال عليه السلام: «ما هٰكذا أَمَرَ ربُّكَ يا ابنَ عمر، إنما أمَرَكَ أن تستقبلَ الطُّهْرَ استقبالاً، فتطلِّقَها لكلِّ طهرٍ تطليقةً»، وفي رواية: قال لعمر: «أخطأ ابنُك السُّنَّةَ، مُرْهُ فليُراجعها، فإذا طهُرَتْ فإن شاء طلَّقها طاهراً

= قال البيهقي: وحميد بن مالك مجهول، ومكحول عن معاذ بن جبل منقطع. وانظر ما قبله.

(١) انظر ابن أبي شيبة ٥/ ٤، وعبد الرزاق (١٠٩٢٦).

. . . .

من غير جماعٍ، أو حاملاً قد استبَان حملُها، فتلك العدَّةُ التي أمَرَ الله أن يطلِّق لها النساءَ»[1].

(١) أخرجه الدارقطني (٣٩٧٤)، والبيهقي ٧/ ٣٣٠ من طريقين عن معلى بن منصور، حدثنا شعيب بن رزيق: أن عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن، حدثنا عبد الله بن عمر: أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض، ثم أراد أن يُتبعها بتطليقتين أخريين عند القرءين، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: «يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله، إنك قد أخطأت السنة، والسنة أن تستقبل الطهر، فتطلق لكل قرء»، قال: فأمرني رسول الله ﷺ فراجعتُها، ثم قال: «إذا هي طهرت، فطلق عندَ ذلك، أو أمسك» فقلت: يا رسولَ الله، أرأيت لو أني طلقتها ثلاثاً أكان يَحِلُّ لي أن أراجعها؟ قال: «لا، كانت تبين منك، وتكون معصية».

قال البيهقي: هذه الزيادات التي أتى بها عطاء الخراساني ليست في رواية غيره، وقد تكلموا فيه، ويشبه أن يكون قوله: «وتكون معصية» راجعاً إلى إيقاع ما كان يوقعه من الطلاق الثلاث في حال الحيض، والله أعلم.

وقال في «المعرفة» ١١/ ٣٦ عن رواية عطاء الخراساني هذه: إنه أتى فيها بزيادات لم يُتابع عليها. وهو ضعيف في الحديث لا يقبل منه ما ينفرد به.

وأورده ابن الجوزي في «التحقيق» ٣/ ٢١٠ عن الدارقطني، وعلق عليه ابن عبد الهادي في «التنقيح» فقال: هذا الحديث لم يخرجه أحد من أصحاب الكتب الستة، والحديث فيه نكارة، وفي رجاله عطاء الخراساني، قال ابن حبان: كان عطاء من خيارِ عبادِ الله غير أنه كان رديء الحفظ كثيرَ الوهم يُخطئ ولا يعلم، فلما كثُر ذلك في روايته بطل الاحتجاج به.

وأيضاً الزيادة التي هي محل الحجة أعني قوله: «لو طلقتها» مما تفرد به عطاء وخالف فيه الحفاظ، فإنهم شاركوه في أصل الحديث ولم يذكروا الزيادة. =

(والشَّهرُ للآيِسَةِ والصَّغيرةِ والحامِلِ كالحَيضَةِ) لقيامِه مقامَها في العدَّةِ بنصِّ الكتاب.

(ويجُوزُ طَلاقُهُنَّ عَقِيبَ الجِماع) لما تقدم. وأما الحاملُ فإنه زمانُ الرَّغبة في الوَطْءِ لكونه غيرَ معلَّق، ويطلِّقُها ثلاثاً للسُّنَّة، يفصِلُ بين كل تطليقتين بشهرٍ. وقال محمد: لا تطلَّق للسُّنةِ إلا واحدةً، لأن الشهرَ إنما قامَ مقامَ الحيضةِ في الصغيرةِ والآيسةِ، والحاملُ ليست في معناهما، لأنها من ذواتِ الحيضِ، وصارت كالمُمتدِّ طُهرُها. ولهما: أن الشهرَ دليلُ الحاجةِ لأنه زمانُ تجدُّد الرغبةِ على ما عليه الطِّباعُ السليمةُ، فصارت في معنى الآيسةِ، والإباحةُ بقَدْر الحاجةِ، فصَلَحَ

= وأخرجه البخاري (٥٢٥١)، ومسلم (١٤٧١) من حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض في عهدِ رسول الله ﷺ، فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال: «مُرْهُ فليُراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلَّقَ قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء».

وفي رواية لمسلم (١٤٧١) (٥): «مُرْهُ فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً.

وفي أخرى للبخاري (٥٢٥٣) من طريق أبي معمر، عن عبد الوارث، حدثنا أيوب، عن سعيد بن جبير، عن ابن عمر قال: حُسِبَتْ عليَّ تطليقة.

وفي رواية لمسلم (١٤٧١) (٣): قال ابن عمر: أما أنت طلقتها واحدة أو اثنتين، إن رسول الله ﷺ أمره أن يَرْجِعَها، ثم يمهلها حتى تحيض حيضة أخرى، ثم يمهلها حتى تطهر، ثم يطلقها قبل أن يمسها، وأما أنت طلقتها ثلاثاً. فقد عصيتَ ربَّك فيما أمرك به من طلاق امرأتك، وبانت منك.

والبِدعَةُ أن يُطَلِّقَها ثلاثاً أو ثِنتَينِ بكَلمةٍ واحدَةٍ أو في طُهْرٍ لا رَجعَةَ فيه، أو يُطَلِّقَها وهي حائضٌ فيقَعُ ويكونُ عاصِياً، . . . .

الشهرُ دليلاً، بخلاف الممتدِّ طهرُها، لأن دليل تجدُّد الرغبةِ الطهرُ، وهو مرجوٌّ في حقِّها دون الحاملِ، فافترقا.

وطلاقُ السنَّة في العدد والوقت على ما بينَّا، والسنَّةُ في العدد يستوي فيها المدخولُ بها وغيرُ المدخول والصغيرةُ والآيسةُ، والحاملُ والحائلُ لما بينا أنها شُرعت[1] للحاجة، والكلُّ فيه سواء. والسنَّةُ في الوقت تختصُّ بالمدخول بها، لأنَّ طُهراً لا جماعَ فيه لا يُتصوّرُ في غير المدخول بها، ولأن المحظورَ هو تطويل العِدَّة لو وقع في الحيض، فإنها لا تُحتَسب من العدّة، ولا عدةَ على غير المدخول بها.

(**والبِدعَةُ أن يُطَلِّقَها ثلاثاً أو ثِنتَينِ بكَلمةٍ واحدَةٍ، أو في طُهْرٍ لا رَجعَةَ فيه، أو يُطَلِّقَها وهي حائضٌ، فيَقَعُ ويكونُ عاصِياً**) أما الثلاثُ والثنتان[2] فلما بينا أنه خلافُ السُّنَّة، والمشروعيةُ للحاجة، وهي تندفعُ بالواحدة. وأما حالةَ الحيض، فلقوله عليه السلام في حديث ابن عمر: «قد أخطأ السنَّة»[3]، وأما الوقوعُ فلقوله عليه السلام لعمر: «مُر ابنَك فليراجِعْها»[4] وكان طلَّقها حالةَ الحيض، ولولا الوقوعُ لما

---

(١) لفظة: «شرعت» ليست في (س)، وأثبتناها من (م).

(٢) في الأصلين: والثنتين، والجادة ما أثبتنا.

(٣) قلنا: أصل الحديث في «الصحيحين» وقد سلف ص١٤٠-١٤١، وهو بهذا اللفظ عند الدارقطني (٣٩٧٤)، والبيهقي ٧/ ٣٣٠. وانظر «نصب الراية» ٣/ ٢٢٠.

(٤) هو حديث ابن عمر السالف ص١٤٠-١٤١.

. . . .

راجعها. وكذٰلك روي أن ابنَ عمر قال للنبي ﷺ: أرأيتَ لو طلقتُها ثلاثاً أكانت تحِلُّ لي؟ قال: «لا، ويكون معصيةً»[1]، وروي أن بعضَ أبناء عبادةَ بن الصامت طلّق امرأتَه ألفاً، فذكر عبادةُ ذٰلك للنبيِّ ﷺ، فقال: «بانت بثلاثٍ في معصيةٍ، وتسعُ مئةٍ وسبعةٌ وتسعون فيما لا يملك»[2]، ولقوله عليه السلام: «كلُّ طلاقٍ واقعٌ» الحديث[3]. وأما كونُه عاصياً فلمخالفته السنَّةَ وإجماعَ الصحابة، وقوله: في طُهرٍ لا رجعةَ فيه، إشارةٌ إلى مذهب أبي حنيفة، وهو أنه لو طلقَّها في طُهرٍ لم يُجامعها فيه، فراجَعَها ثم طلَّقها فيه، لا يُكره، وهو قولُ زفر، وعندهما: يُكره، وعلى هٰذا لو طلَّقها في الحيضِ ثم راجَعها فطَهُرت فطلَّقها، وكذا لو مَسَّها لشهوةٍ ثم قال لها: أنتِ طالقٌ ثلاثاً للسنَّة، وقَعْنَ للحال عنده، لأن الأُولى وقعت وصَار مراجِعاً باللمس بشهوةٍ فوقعت أخرى، ثم صار مراجعاً فوقعت الثالثةُ.

---

(١) هو بهٰذا اللفظ عند الدارقطني (٣٩٧٤)، والبيهقي ٧/ ٣٣٠. ولفظ مسلم (١٤٧١) (٣): «وأما أنت طلقتَها ثلاثاً، فقد عصيتَ ربك فيما أمرك به من طلاق امرأتك، وبانت منك».

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣٩٤٣)، والخطيب في «تاريخه» ١٤/ ٢٢٧، وقال الدارقطني: رواته مجهولون وضعفاء كلهم، إلا شيخنا وابن عبد الباقي.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» ٤/ ٣٣٨ وعزاه للطبراني وقال: وفيه عبيد الله بن الوليد الوصافي العجلي وهو ضعيف.

(٣) سلف تخريجه ص١٣٧.

وطلاقُ غيرِ المَدخُولِ بها حالةَ الحَيضِ ليس ببِدْعِيٍّ. وإذا طَلَّقَ امرأتَه حالةَ الحَيضِ فعليه أن يُراجعَها، فإذا طَهُرَت فإن شاءَ طَلَّقها وإن شاءَ أمسَكَها. وإذا قال لِامرأتِه المَدخُولِ بها: أنتِ طالِقٌ ثلاثاً لِلسُّنَّةِ، وَقَعَ عند كُلِّ طُهرٍ تَطليقةٌ،

والشهرُ الواحدُ في حقِّ الآيسةِ والصغيرةِ على الخِلاف.

فالحاصل أن الرجعةَ فاصلةٌ بين الطلاقين عنده، والنكاحُ فاصل بالإجماع.

لهما: أن بالطلاق في الطُّهر خَرَجَ من أن يكون وقتاً لطلاق السنَّة، ولهٰذا لو أوقَعَه قبل الرجعةِ يُكره. وله: أن بالمراجعة ارتَفَعَ حُكم الطلاق الأوّل، وصار كأن لم يكن، فإذا ارتفَعَ لا يصيرُ جامعاً، والكراهةُ باعتباره، ولأنها عادت إلى الحالةِ الأولى بسببٍ من جهتِه، فصار كما لو أبانها في الطُّهر ثم تزوَّجها.

قال: (وطلاقُ غيرِ المَدخُولِ بها حالةَ الحَيضِ ليس ببِدْعِيٍّ) لما مرّ.

قال: (وإذا طَلَّقَ امرأتَه حالةَ الحَيضِ فعليه أن يُراجعَها) لورودِ الأمر به في حديث ابن عمرَ على ما تقدَّم، ولما فيه من رفع الفعلِ الحرامِ برفعِ أثَرِه.

(فإذا طَهُرَت فإن شاءَ طَلَّقها وإن شاءَ أمسَكَها) لحديث ابن عمر.

قال: (وإذا قال لِامرأتِه المَدخُولِ بها: أنتِ طالِقٌ ثلاثاً لِلسُّنَّةِ، وَقَعَ عند كُلِّ طُهرٍ تَطليقةٌ) لأن معناه: لوقت السُّنَّةِ، ووقتُها طهرٌ لا جماعَ فيه لما مرّ.

وَإِنْ نَوَى وُقُوعَهُنَّ السَّاعَةَ وَقَعْنَ (ز)؛ وَطَلَاقُ الحُرَّةِ ثَلَاثٌ، وَالأَمَةِ ثِنْتَانِ، وَلا اعْتِبارَ بالرَّجُلِ في عَدَدِ الطَّلاقِ؛ . . . .

(**وَإِنْ نَوَى وُقُوعَهُنَّ السَّاعَةَ وَقَعْنَ**) خلافاً لزفر، لأن الجمع بدعةٌ، فلا يكون سنةً. ولنا: أنه سُنِّيٌّ وقوعاً لا إيقاعاً، لأنا إنما عرفنا وقوعَ الثلاث جملةً بالسنَّة، فكان مُحتَملَ كلامهِ، فينتظمُه عند النيةِ دونَ الإطلاق.

قال: (**وَطَلاقُ الحُرَّةِ ثَلاثٌ، وَالأَمَةِ ثِنْتانِ، وَلا اعْتِبارَ بالرَّجُلِ في عَدَدِ الطَّلاقِ**) لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، أي: لأطهار عدَّتهنَّ، فتكونُ الطلقاتُ على عدد الأطهار. وأطهارُ الحُرَّة في العِدَّة ثلاث، والأمةِ اثنتان، فيكون التطليقُ كذٰلك، ولأن الحُرَّ لو مَلَكَ على الأمةِ ثلاثاً لمَلَكَ تفريقَهنَّ على أوقات السُّنَّة، ولا يملكُ بالإجماع، وقال عليه السلام: «طلاقُ الأمةِ ثنتان، وعدَّتُها حيضَتان»[1]، وأما

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٨٩)، وابن ماجه (٢٠٨٠)، والترمذي (١١٨٢) من طريق مظاهر بن أسلم، عن القاسم، عن عائشة مرفوعاً. ومظاهر بن أسلم ضعيف، وقال أبو داود عن حديثه هٰذا: هو حديث مجهول. وقال ابن معين: ليس بشيء، وروى الدارقطني في «سننه» (٤٠٠٤) بإسناد صحيح عن أبي عاصم قال: ليس بالبصرة حديث أنكر من حديث مظاهر هٰذا. وقال أبو بكر النيسابوري: الصحيح عن القاسم خلاف هٰذا. فعن زيد بن أسلم قال: سئل القاسم عن عدة الأمة فقال: الناس يقولون: حيضتان، وإنا لا نعلم ذٰلك، أو قال: لا نجد ذٰلك في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ ولٰكن عمل به المسلمون. وهٰذا النقل يدل على أن مظاهر قد وهم به على القاسم. =

. . . .

قولُه عليه السلام: «الطلاقُ بالرجال والعدَّةُ بالنساء»[1]، فمعناه وجودُ

= وله شاهد ضعيف أيضاً أخرجه ابن ماجه (٢٠٧٩) يرويه عمر بن شبيب المُسلِّي، عن عبد الله بن عيسى، عن عطية، عن ابن عمر.

قال الدارقطني في «سننه» (٣٩٩٥) بعد أن أخرج هٰذا الحديث: تفرد به عمر ابن شبيب المسلي هٰكذا مرفوعاً، وكان ضعيفاً. والصحيح ما رواه سالم ونافع عن ابن عمر موقوفاً.

قلنا: أخرج هٰذه الرواية الموقوفة عن ابن عمر مالك في «الموطأ» ٢/ ٥٧٤ عن نافع، عن عبد الله بن عمر، والدارقطني (٣٩٩٦) من طريق سالم عنه.

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢٢٥ وقال: غريب مرفوعاً، ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥/ ٨٣) موقوفاً على ابن عباس: حدثنا وكيع، عن هشام، عن قتادة، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: الطلاق بالرجال والعدة بالنساء. انتهى. ورواه الطبراني في «معجمه» (٩٦٧٨ و٩٦٧٩) موقوفاً على ابن مسعود، أخرجه عن أشعث بن سوار، عن الشعبي، عن مسروق، عن عبد الله قال: الطلاق... إلى آخره. (قلنا: قال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ٣٣٧: ورجال أحد الإسنادين رجال الصحيح).

قال ابن الجوزي في «التحقيق»: وقد روى بعضهم عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: الطلاق بالرجال والعدة بالنساء. قال: وإنما هٰذا من كلام ابن عباس. انتهى. ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٩٤٦) موقوفاً على عثمان وزيد بن ثابت، وابن عباس (١٢٩٥٠).

قلنا: وأخرجه موقوفاً أيضاً على ابن مسعود أبو القاسم البغوي في «الجعديات» (٧٤٠) عن شعبة، عن أشعث بن سوار، عن الشعبي، عن عبد الله. فذكره. =

الطلاق أو وقوعُ الطلاق بالرجال، كما أن العدَّة بالنساء، وأما قولُه عليه السلام: «لا يطلِّقُ العبدُ أكثرَ من اثنتين»[1]، يعني زوجتَه الأمةَ، توفيقاً بين الأحاديث والدلائلِ، أو لأن الغالبَ أن العبد إنما يتزوَّجُ الأمةَ، فخرجَ مخرجَ الغالب، ولأن النكاح نعمةٌ في حقِّها، والرقُّ مؤثِّرٌ في تنصيف النِّعم، فوجب أن يُعتبر برِقِّها، وقضيتُه طلقةٌ ونصف، لكن لما لم تنتصف[2] الطلقةُ كَمُلتا.

قال: (ويَقَعُ طلاقُ كُلِّ زوجٍ عاقلٍ بالغٍ مُستَيقِظٍ) لقوله عليه السلام: «كلُّ طلاقٍ واقعٌ إلا طلاقَ الصبيِّ والمعتوه» وفي رواية: «إلا

= وأخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١٣٢٩) عن خالد بن عبد الله، عن خالد الحذاء، عن عكرمة، عن زيد بن ثابت. فذكره.

وأخرجه عن سعيد بن المسيب عبد الرزاق (١٢٩٥١)، وسعيد بن منصور في «سننه» (١٣٣٠).

(١) أخرجه الدارقطني (٤٠٠٢)، والبيهقي ٧/ ٣٦٩-٣٧٠ من طريق مظاهر ابن أسلم، عن القاسم بن محمد، عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «طلاق العبد تطليقتان ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره. . .» ومظاهر ضعيف.

وأخرجه الطبراني ٢٣/ (٦٤٠) و(٦٤١) من حديث أم سلمة أن غلاماً لها طلق امرأة له حرة بتطليقتين، فاستفتت أم سلمة النبي ﷺ فقال: «حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره». قال في «مجمع الزوائد» ٤/ ٣٣٧: فيه عبد الله بن زياد ابن سمعان وهو متروك كذاب.

وصح موقوفاً على عمر وعثمان وزيد بن ثابت وابن عمر عمر عند البيهقي ٧/ ٣٦٨-٣٦٩.

(٢) في (م): تتنصف، والمثبت من (س).

طلاقَ الصبيِّ والمجنون»[1]، ولا يقع طلاقُ الصبيِّ والمجنون لما روينا، ولأنهما عديما العقلِ والتمييز والأهليَّةِ بهما. ولو طلَّق الصبيُّ أو النائمُ ثم بَلَغَ واستيقظَ فقال: أجزتُ ذٰلك الطلاقَ لا يقعُ، ولو قال: أوقعتُه وقع.

(**وطلاقُ المُكرَهِ واقعٌ**) لما روي: أن امرأة اعتَقَلت زوجَها وجلست على صدرِه ومعها شَفرةٌ وقالت: لَتُطلِّقنِّي ثلاثاً أو لأقتلنَّك، فناشدَها الله أن لا تفعل، فأبَتْ، فطلَّقها ثلاثاً، ثم ذُكرَ ذٰلك للنبي عليه السلام فقال: «لا قَيلولَةَ في الطلاق»[2]، ولأنه قَصَدَ الطلاق ولم يرضَ بالوقوع، فصار كالهازِلِ، ولأنه معنى تقعُ به الفُرقةُ، فيستوي فيه الإكراهُ والطَّوعُ كالرَّضاع، ثم عندنا: كلُّ ما صحَّ فيه شرطُ الخِيار، فالإكراه يؤثِّر فيه، كالبيع والإجارةِ ونحوِهما، وما لا يصحُّ فيه الشرطُ لا يؤثِّر فيه، كالنكاحِ والطلاقِ والعِتاقِ ونحوها.

---

(١) ذكره الزيلعي ٣/ ٢٢١ وقال: حديث غريب. وانظر ما سلف تخريجه ص١٣٧.

(٢) أخرجه العقيلي ٢/ ٢١١-٢١٢ و٣/ ٤٤١-٤٤٢ و٤٤٢ من طريق الغاز ابن جبلة الجبلاني، عن صفوان بن غزوان الطائي: أن رجلاً كان نائماً مع امرأته فقامت فأخذت سكيناً على صدره ووضعت السكين على حلقه وقالت له: طلقني وإلا ذبحتك، فناشدها الله فأبت، فطلقها، فذكر ذٰلك للنبي ﷺ، فقال النبي ﷺ: «لا قيلولة في الطلاق». وقال البخاري عن صفوان: حديثه منكر لا يتابع عليه. وقال عن الغاز بن جبلة: حديثه منكر في طلاق المكره.

وطلاقُ السَّكرانِ واقعٌ. ويَقَعُ طلاقُ الأخرَسِ بالإشارةِ، وكذٰلك اللاَّعبُ بالطَّلاقِ والهازِلُ به. . . . .

قال: (وطلاقُ السَّكرانِ واقعٌ) وقال الطحاوي: لا يقعُ، وهو اختيارُ الكَرْخي اعتباراً بزوالِ عقلِه بالبَنْجِ والدواء. ولنا: أنه مكلَّفٌ بدليلِ أنه مخاطَبٌ بأداء الفرائِضِ، ويلزمُه حدُّ القذفِ، والقَوَدُ بالقتلِ، وطلاقُ المكلَّف واقعٌ كغير السكران، بخلاف المُبنَّج لأنه ليس له حُكم التكليف، ولأن السكرانَ بالخَمر والنبيذِ زالَ عقلُه بسببٍ هو معصيةٌ، فيُجعل باقياً زجراً، حتى لو شربَ فصُدِع رأسُه وزال عقلُه بالصُّداع، نقول: لا يقع، والغالبُ فيمن شرب البنجَ والدَّواء للتداوي لا المعصية، ولذٰلك انتفَى التكليفُ عنهم.

(ويَقَعُ طلاقُ الأخرَسِ بالإشارةِ) والمرادُ إذا كانت إشارتُه معلومةً وقد عُرف في موضعِه.

قال: (وكذٰلك اللاَّعبُ بالطَّلاقِ والهازِلُ به) لقوله عليه السلام: «ثلاثٌ جِدُّهنَّ جِدٌّ وهزلُهُنَّ جِدٌّ: الطلاقُ والنكاحُ والعِتاقُ»[1]، وقال عليه السلام: «مَن طلَّق لاعباً جازَ ذٰلك عليه»[2]، وعن أبي الدرداء أنه

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة أبو داود (٢١٩٤)، وابن ماجه (٢٠٣٩)، والترمذي (١١٨٤) بلفظ: «الرجعة» بدل «العتاق»، وهو حديث حسن لغيره، وحسنه الترمذي، وصححه الحاكم ٤/ ١٩٨.

ولفظ العتاق ورد من حديث عبادة، وسنتكلم عليه في الحديث الآتي.

(٢) أخرج الحارث بن أبي أسامة في «مسنده» كما في «إتحاف الخيرة» (٤٢٢٨) و(٤٤٩٠) عن بشر بن عمر، عن عبد الله بن لهيعة، عن عبيد الله بن أبي=

. . . .

قال: مَن لعبَ بطلاقٍ أو عِتاقٍ لزِمَه، قال: وفيه نزل: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ﴾[1] [البقرة: ٢٣١]، وكذلك إذا أراد غيرَ الطلاق فسَبَقَ لسانُه

= جعفر، عن عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجوز اللعب في ثلاثة: الطلاق، والنكاح، والعتاق، فمن قالهن فقد وجبن». وعبد الله بن لهيعة وإن كان فيه ضعف، حديثه حسن في الشواهد والمتابعات، وهذا منها.

وأخرج عبد الرزاق (١٠٢٤٩) عن إبراهيم بن محمد، عن صفوان بن سليم، أن أبا ذر قال: قال رسول الله ﷺ: «من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز، ومن أعتق وهو لاعب فعتاقه جائز، ومن أنكح وهو لاعب فنكاحه جائز». وشيخ عبد الرزاق وهو الأسلمي متروك.

وأخرج ابن عدي في «الكامل» ٦/ ٢٠٣٣ من طريق غالب بن عبيد الله، عن الحسن، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «ثلاث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لاعباً فقد وجب عليه: الطلاق، والعتاق، والنكاح». وسنده ضعيف.

وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٠٢٤٤)، والطبراني في «الكبير» (٩٧٠٧) من طريق عبد الكريم أن ابن مسعود قال: «من طلق لاعباً، أو نكح لاعباً، فقد جاز» قال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ٢٨٨: وهو معضل ورجاله رجال الصحيح.

(١) ذكره الهيثمي في «المجمع» ٤/ ٢٤٦، وعزاه إلى الطبراني في «الكبير» مرفوعاً بلفظ: «من لعب بطلاق أو عتاق فهو كما قال» قال: وفيه إسماعيل بن مسلم المكي وهو ضعيف.

وأخرج الطبري في «التفسير» ٢/ ٤٨٢ من طريق سليمان بن أرقم: أن الحسن حدثهم أن الناس كانوا على عهد رسول الله ﷺ يطلق الرجل، أو يعتق، فيقال: ما صنعت؟ فيقول: إنما كنت لاعباً، قال رسول الله ﷺ: «من طلق لاعباً أو أعتق لاعباً فقد جاز عليه» قال الحسن، وفيه نزلت: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ﴾ ومع إرساله إسناده ضعيف جداً، سليمان بن أرقم ضعيف جداً. =

ومَن مَلَكَ امرَأتَه أو شِقْصاً مِنها أو مَلَكَتْه أو شِقْصاً منه وَقَعَتِ الفُرقة بينَهما .

فصل

صَرِيحُ الطَّلاقِ لا يَحتاجُ إلى نِيَّةٍ، . . . .

بالطلاقِ وَقَعَ، لأنه عُدِم القصدَ وهو غير معتبَرٍ فيه. وروى هشام عن محمد عن أبي حنيفةَ: أن مَن أراد أن يقول لامرأتِه: اسقِني الماءَ، فقال: أنت طالقٌ وقع. ويعمُّ هٰذه الفصولَ كلَّها قولُه عليه السلام: «كلُّ طلاقٍ واقعٌ» الحديث[1].

قال: (**ومَن مَلَكَ امرَأتَه أو شِقْصاً مِنها، أو مَلَكَتْه أو شِقْصاً منه وَقَعَتِ الفُرقة بينَهما**) لأن المالكيةَ تمنعُ ابتداءَ النكاح، لما سبق في النكاح، فتمنعُه بقاءً، كالمَحرميَّةِ والمصاهرةِ والرَّضاع.

فصل

(**صَرِيحُ الطَّلاقِ لا يَحتاجُ إلى نِيَّةٍ**) لأنه موضوعٌ له شرعاً، فكان حقيقةً، والحقيقةُ لا تحتاج إلى نيةٍ، ويُعقِبُ الرجعةَ لقوله تعالى:

= وقد جاء هٰذا الحديث المرسل بإسناد أجود من هٰذا ـ على إرساله ـ، فأخرجه ابن أبي حاتم كما عند ابن كثير في «تفسيره» ١/ ٤١٤ عن عصام بن روّاد، حدثنا آدم، حدثنا المبارك بن فضالة، عن الحسن، فذكره.

وأخرج أحمد بن منيع في «مسنده» فيما ذكره البوصيري في «إتحاف الخيرة» (٤٢٢٧) عن معاوية، عن إسماعيل بن مسلم، عن الحسن، عن عبادة، فذكره. وهو مرسل.

(١) سلف تخريجه ص١٣٧ .

وهو نَوعانِ: أحدُهُما: أنتِ طالِقٌ، ومُطَلَّقَةٌ، وطلَّقْتُكِ. والثَّاني: أنتِ الطَّلاقُ، وأنتِ طالقٌ الطَّلاقَ، وأنتِ طالِقٌ طلاقاً، وأنتِ طلاقٌ. فالأوَّلُ تَقَعُ به طَلقَةٌ واحدةٌ، ولا تَصِحُّ فيه نِيَّةُ الثِّنتَينِ والثَّلاثِ. والثَّاني تقَعُ به واحدةٌ رَجْعِيَّةٌ، وتَصِحُّ فيه نِيَّةُ الثَّلاثِ دُونَ الثِّنْتَينِ (ز). . . . .

﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ولو نوى الإبانةَ فهو رجعيٌّ لأنه نوى ضِدَّ ما وُضع له شرعاً.

(وهو نَوعانِ: أحدُهُما: أنتِ طالِقٌ، ومُطَلَّقَةٌ، وطلَّقْتُكِ. والثَّاني: أنتِ الطَّلاقُ، وأنتِ طالقٌ الطَّلاقَ، وأنتِ طالِقٌ طلاقاً، وأنتِ طلاقٌ. فالأوَّلُ تَقَعُ به طَلقَةٌ واحدةٌ، ولا تَصِحُّ فيه نِيَّةُ الثِّنتَينِ والثَّلاثِ) لأنه نعتُ فردٍ، يقال للواحدة: طالقٌ، وللثنتين: طالقان، وللثلاث: طوالق، ونعتُ الفردِ لا يحتملُ العددَ لأنه ضدُّه. ولئن قال: ذِكرُ الطالق ذكرٌ للطلاق، حتى صحَّ ذكرُ العدد تفسيراً له، وأنه دليلُ المصدريَّة، والمصدرُ يحتملُ الثلاث. قلنا: هو ذكرٌ لطلاقٍ تتصف به المرأةُ، والعددُ المذكور بعدَه نعتٌ لمصدرٍ محذوفٍ تقديرُه: طلاقاً ثلاثاً، كقولهم ضربتُه وجيعاً، وأعطيتُه جزيلاً.

(و) النوع (الثَّاني تقَعُ به واحدةٌ رَجْعِيَّةٌ، وتَصِحُّ فيه نِيَّةُ الثَّلاثِ دُونَ الثِّنْتَينِ) لأنه ذَكَرَ المصدرَ، وهو يحتملُ العمومَ، لأنه اسمُ جنسٍ، ويحتمل الأدنى، فعند الإطلاق يُحمَل على الواحدةِ لأنه متيقنٌ، وإن نوى الثلاثَ وقعن لأنه محتَمَلُ كلامِه، وإنما لا تصحُّ نيةُ الثنتين، لأن اللفظ لا يحتملُ العددَ، وإنما صحَّت نيةُ الثلاث لأنها جنسُ الطلاق،

ولو نَوَى بقَولِه: أنتِ طالِقٌ: واحدةً، وبقولِه: طلاقاً: أُخرَى وقَعَتا. وإذا أضافَ الطَّلاقَ إلى جُملَتِها أو ما يُعَبَّرُ به عن الجُملةِ، كالرَّقَبةِ، والوجهِ، والرأسِ، والرَّوحِ، والجَسَدِ، أو إلى جُزءٍ شائعٍ منها وَقَعَ، ....

لا من حيثُ العدديةُ، حتى لو كانت الزوجةُ أَمَةً صحت نيةُ الثنتين من حيثُ الجنسيةُ. وقال زفر: تصحُّ نيةُ الثنتين لأنها بعضُ الثلاث، وجوابه ما قلنا.

(**ولو نَوَى بِقَولِه: أنتِ طالِقٌ: واحدةً، وبقولِه: طلاقاً: أُخرَى وقَعَتا**) لأن كلَّ واحدٍ من اللفظين يحتملُ الإيقاعَ، فصار كقوله: أنتِ طالقٌ أنتِ طلاقاً، فإنه يقع ثنتان، كذا هنا، وهٰكذا الحكمُ في قوله: أنت طالقٌ الطلاقَ، ولو قال: أنتِ طالقٌ، وقال: عنيتُ به عن وِثاقٍ، لا يُصدَّقُ قضاءً، ولو قال: عن العمل، لم يُدَيَّن أيضاً، ولو قال: أنتِ طالقٌ من وثاقٍ، أو من هٰذا القيدِ، لم يقع شيءٌ في القضاء، ولو قال: أنت طالقٌ من هٰذا العمل، وقع قضاءً لا ديانةً، ولو قال: أنتِ طالق ثلاثاً من هٰذا العملِ، طُلِّقت ثلاثاً، ولا يصدَّقُ قضاءً أنه لم ينو الطلاق.

قال: (**وإذا أضافَ الطَّلاقَ إلى جُملَتِها، أو ما يُعَبَّرُ به عن الجُملةِ، كالرَّقَبةِ، والوجهِ، والرأسِ، والرَّوحِ، والجَسَدِ، أو إلى جُزءٍ شائعٍ منها وَقَعَ**) لأنها محلُّ الطلاق، فإذا قال: أنتِ طالقٌ، فقد أضافَ الطلاق إلى محلِّه فيصحُّ. وهٰذه الأشياء يُعبَّر بها عن جملة البَدَن، قال الله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المجادلة: ٣]، والمراد: الجملة، ويقالُ: يا وجهَ

. . . .

العرب، وقال عليه السلام: «لَعَنَ الله الفُروج على السُّروج»[1]، ويقال: أنا بخيرٍ ما سَلِمَ رأسُك، وما بقيتْ روحُك، ويراد الجميع. والجسدُ عبارة عن الجميع، وكذٰلك العُنُقُ، قال تعالى: ﴿ فَظَلَّتْ أَعْنَٰقُهُمْ ﴾ [الشعراء: ٤]، وكذٰلك الدمُ، يقال: دمُه هَدْرٌ، وهٰذا على ما ذكر في الكفالة أنه لو تكفَّل بدمِه يصحُّ، وأشار في كتاب العِتقِ أنه لا يقعُ، لأنه قال: لو قال لعبده: دمُكَ حرٌّ، لا يعتقُ، وفي الظَّهر والبَطْن روايتان، وإنما يقعُ بالإضافةِ إلى هٰذه الأعضاء باعتبار أنه يُعبَّر بها عن جميع البدنِ، لا بالإضافة إليها، حتى لو قال: الرأسُ منكِ طالقٌ، أو الوجهُ، أو وَضَعَ يدَه على الرأس أو العُنُقِ وقال: هٰذا العضو طالقٌ، لا يقع.

وأما الجزء الشائعُ كالثلثِ والرُّبع فلأنه قابلٌ لسائر التصرُّفات بيعاً وإجارةً وغيرهما. ولهٰذا يصحُّ إضافةُ النكاح إليه فكذا الطلاق، لٰكن لا يتجزَّى في حُكم الطلاق، فيثبتُ في الكلِّ، ولو أضافَه إلى اليدِ أو الرجلِ أونحوِهما فيما لا يعبَّر به عن البَدَن لا يقعُ، كالأصبعِ والشَّعر، لأنه أضافَه إلى غير محلِّه، فصار كإضافتِه إلى الرِّيقِ والظُّفر، وهٰذا لأن الطلاقَ رفعُ القيدِ، ولا قيدَ في هٰذه الأعضاء، لأنه لا يصحُّ إضافةُ النكاح إليها، بخلاف الجزء الشائعِ على ما بينا، ولو تعارفَ قومٌ أن اليدَ يعبَّرُ بها عن البدنِ عُرفاً ظاهراً يقعُ الطلاق.

---

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢٢٨ وقال: غريب جداً. وذكره علي القاري في «الأسرار المرفوعة» (٣٦٣) وقال: لا أصل له.

ونِصفُ الطَّلقَةِ تَطلِيقَةٌ، وكذلكَ الثُّلُثُ، وثلاثَةُ أنصافِ تَطلِيقَتَينِ ثَلاثٌ،
وثلاثةُ أنصَافِ تَطلِيقةٍ ثِنتانِ، . . . .

قال: (ونِصفُ الطَّلقَةِ تَطلِيقَةٌ، وكذلكَ الثُّلُثُ) فلو قال لها: أنتِ طالق نصفَ تطليقةٍ أو ثلثَ تطليقةٍ، وقعت تطليقةٌ، لأن ذِكر بعض ما لا يتجزَّى كذِكر كلِّه. وكذلك كلُّ جزءٍ شائع من التطليقةِ لما قلنا.

(وثلاثَةُ أنصافِ تَطلِيقَتَينِ ثَلاثٌ) لأن نصفَ التطليقتين واحدةٌ، فكأنه قال: أنتِ طالق ثلاثاً.

(وثلاثةُ أنصَافِ تَطلِيقةٍ ثِنتانِ) لأن ثلاثةَ أنصاف تطليقةٍ تطليقةٌ ونصفٌ، وإنه لا يتجزَّى، فيكمَّلُ النصفُ، فيصيرُ تطليقتين، وقيل: ثلاثٌ، لأنه يكمَّلُ كلُّ نصفٍ، فيكون ثلاثاً. ولو قال: نصفَي تطليقةٍ، فهي واحدةٌ، كنصفَي درهمٍ يكون درهماً. ولو قال: نصفَي تطليقتين، فثنتان، كنصفي درهمين، ولو قال: أنتِ طالقٌ نصفَ تطليقةٍ وثلثَ تطليقةٍ وسدسُ تطليقةٍ، يقع ثلاثٌ، ولو قال: نصفُ تطليقةٍ وثلثُها وسدسُها، تقع واحدةٌ، لأنه أضاف الأجزاءَ إلى تطليقةٍ واحدةٍ، وفي الأولى أضاف كلَّ جزء إلى تطليقةٍ منكرةٍ، فاقتضى كلُّ جزء تطليقةً على حِدَة، فإن جاوز المجموعُ الأجزاءَ كقوله: نصفُ تطليقةٍ وثلثُها وربعُها، قيل: واحدة، وقيل: ثنتان، وهو المختار، لأن الزيادةَ على الواحدة من تطليقةٍ أخرى، فكأنه أوقَعَ واحدةً وبعضَ أخرى، فتتكامل.

ولو قال لنسائِه وهن أربعٌ: بينكنَّ تطليقة، تقع على كلِّ واحدةٍ تطليقة، لأن الواحدةَ إذا قُسِمت بينهنَّ أصاب كلَّ واحدة ربعُها،

ولو قال: أنتِ طالِقٌ مِن واحدةٍ إلى ثلاثٍ يَقَعُ ثِنتان (سم)، وإلى ثِنتَينِ تَقعُ واحدةٌ (سم)، ولو قال: واحدةٌ في ثِنتَينِ وَقَعَتْ واحدةٌ، وثِنتَينِ في ثِنتَينِ اثنتانِ ولو نَوَى الحِسابَ. ولو قال: أنتِ طالقٌ من هُنا إلى الشَّام فهي واحدةٌ رَجعيَّةٌ.

فتكمَّل. وكذلك ثنتان أو ثلاثٌ أو أربعٌ، لأن الثنتين إذا قُسِمتا بينهنَّ أصاب كلَّ واحدة نصفٌ، ومن الثلاثِ ثلاثةُ أرباع فتكمَّل، ومن الأربعِ كلَّ واحدةٍ واحدةٌ، ولا يُقسَمُ كلُّ واحدةٍ وحدها، لأن القسمةَ في الجنس الذي لا يتفاوت يقعُ على جملتِه، وإنما يُقسَم الآحادُ إذا كان متفاوتاً، فإن نوَى قسمة كُلِّ واحدةٍ بانفرادها وقع كذٰلك، لأنه شدَّد على نفسِه. ولو قال: خمسٌ، طَلَقَتْ كلُّ واحدةٍ ثنتين، وكذٰلك إلى ثمانية. ولو قال: تسعُ تطليقات، طَلَقَتْ كلُّ واحدة ثلاثاً لما مرّ. ولو قال: فلانةُ طالقٌ ثلاثاً، وفلانةُ معها، أو قال: أشركتُ فلانةَ معها في الطلاق، طَلَقَتا ثلاثاً ثلاثاً. ولو قال لأربع نسوةٍ: أنتنَّ طوالقُ ثلاثاً، طَلقَت كلُّ واحدة ثلاثاً.

(**ولو قال: أنتِ طالِقٌ مِن واحدةٍ إلى ثلاثٍ، يَقَعُ ثِنتان، وإلى ثِنتَينِ تَقَعُ واحدةٌ**) وقالا: يقع في الأولى ثلاث، وفي الثانية ثنتان، وقد مرَّت في الإقرار.

(**ولو قال: واحدةٌ في ثِنتَينِ وَقَعَتْ واحدةٌ، وثِنتَينِ في ثِنتَينِ اثنتانِ ولو نَوَى الحِسابَ**) وقد مرّ في الإقرار أيضاً.

قال: (**ولو قال: أنتِ طالقٌ من هُنا إلى الشَّام، فهي واحدةٌ رَجعيَّةٌ**) لأنه لم يزدها وصفاً بقوله: إلى الشام، لأنها متى طُلِّقَتْ يقعُ في جميع الأماكن.

ولو قال: أنتِ طالقٌ بمكَّةَ أو في مَكَّةَ طَلَقَتْ في الحالِ في جميع البلادِ. ولو قال: أنتِ طالِقٌ غداً تَقَعُ بطُلُوعِ الفَجرِ، ولو نوى آخرَ النَّهارِ صُدِّقَ دِيانةً، ولو قال: في غَدٍ صَحَّتْ قَضاءً (سم) أيضاً. . . . .

(ولو قال: أنتِ طالقٌ بمكَّةَ، أو في مَكَّةَ، طَلَقَتْ في الحالِ في جميع البلادِ) لما بينا، وإن عنى به: إذا أتيتِ مكةَ، لم يُصدَّق قضاءً، لأن الإضمارَ خلافُ الظاهر، ولو قال: في دخولِكِ مكةَ، تعلَّق الطلاقُ بالدخول، لأنه تعذَّر الظرفية، والشرطُ قريبٌ من الظرف، فيُحمل عليه.

قال: (ولو قال: أنتِ طالِقٌ غداً، تَقَعُ بطُلُوعِ الفَجرِ) لأنه وَصَفَها بالطالقية في جميع الغد، فلَزِمَ أن تكون طالقاً في جميعِه، ولا ذٰلك إلا بوقوعِه في أوّل جزءٍ منه.

(ولو نوى آخرَ النَّهارِ صُدِّقَ دِيانَةً) لا قضاءً، لأنه مخالفٌ للظاهر، إلا أنه يَحتملُه لأنه تخصيصٌ، فيُصدَّق ديانةً.

(ولو قال: في غَدٍ صَحَّتْ قَضاءً أيضاً) لأنه حقيقةُ كلامه، لأن الظرف لا يُوجبُ استيعابَ المظروف. وإنما يتعينُ الجزء الأوّلُ عند عدم النيةِ لعدم المزاحَمَة، وقالا: هو والأوّل سواء، لأن المرادَ منهما الظرفيةُ، لأن نَصْبَ «غداً» على الظرفية، فلا فرق. وجوابُه: أن قوله: «غداً» للاستيعاب، ونظيرُه قوله: لا أكلِّمُكِ شهراً، وفي الشهرِ، ودهراً، وفي الدَّهر. وإذا كان للاستيعاب فإذا نوى البعضَ فقد نوى التخصيصَ كما بينا، وعلى هٰذا الخلاف: أنتِ طالقٌ في رمضانَ، ونوى آخرَه.

ولو قال: أنتِ طالِقٌ اليومَ غَداً، أو غداً اليومَ يُؤْخَذُ بأَوَّلِهما ذِكْراً. ولو قال: أنتِ طالِقٌ قبلَ أن أتزَوَّجَكِ فليس بشيءٍ، ولو قال: أنتِ طالِقٌ ما لم أطَلِّقْكِ، أو متى ما لم أُطَلِّقْكِ، أو متى لم أطَلِّقْكِ، وسَكَتَ طَلقَتْ، وإن قال: إن لم أطَلِّقْكِ، أو إذا لم (سم) أُطَلِّقْكِ، أو إذا ما لم (سم) أُطَلِّقْكِ لم تَطْلُقْ حتَّى تموتَ، . . . .

(ولو قال: أنتِ طالِقٌ اليومَ غَداً، أو غداً اليومَ، يُؤْخَذُ بأَوَّلِهما ذِكْراً) لأن قولَه: اليوم، تنجيزٌ، فلا يتأخرُ، وقوله: غداً، إضافةٌ، والتنجيز إبطالٌ للإضافة، فيَلْغُو.

قال: (ولو قال: أنتِ طالِقٌ قبلَ أن أتزَوَّجَكِ فليس بشيءٍ) وكذا أمسِ وقد تزوَّجَها اليوم، لأنه أسندَه إلى حالةٍ منافيةٍ لوقوع الطلاق، فلا يقعُ، كقوله: قبل أن أُخلَقَ، ولو كان تزوَّجها أوّلَ مِن أمسِ وقع الساعةَ في الفصل الثاني، لأنه أوقعَ الطلاقَ في ملكِه فيقعُ.

(ولو قال: أنتِ طالِقٌ ما لم أطَلِّقْكِ، أو متى ما لم أُطَلِّقْكِ، أو متى لم أطَلِّقْكِ، وسَكَتَ طَلقَتْ) لوجود شرطِ الوقوع بالسكوت، وهو زمانٌ خالٍ عن التطليق، لأن هٰذه الألفاظ للوقت، أما «متى» و«متى ما» فحقيقة فيه، وأما «ما» فإنه يُستعمل فيه، قال تعالى: ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا﴾ [مريم: ٣١]، أي: وقت الحياة.

(وإن قال: إن لم أطَلِّقْكِ، أو إذا لم أُطَلِّقْكِ، أو إذا ما لم أُطَلِّقْكِ، لم تَطْلُقْ حتَّى تموتَ) لأن هٰذه الألفاظ للشرط، فكان الطلاقُ معلَّقاً بعدم التطليق، فلا يتحقق العدمُ إلا بالموت، أما «إنْ» فظاهر، وأما

ولو قال: أنتِ طالِقٌ ثلاثاً ما لم أُطَلِّقْكِ، أنتِ طالِقٌ، فهي طالِقٌ هٰذهِ الواحِدَةَ، . . . .

«إذا» و«إذا ما» فكذٰلك عنده، وقالا: هما بمعنى «متى»، قال تعالى: ﴿ إِذَا ٱلسَّمَآءُ ٱنشَقَّتْ ﴾ [الانشقاق: ١] وأمثالها، والمراد: الوقت، ولأبي حنيفة: أنها تُستعمل للشرط أيضاً، قال:

وإذا تُصِبْكَ خَصَاصَةٌ فتجمَّلِ[١]

جزَمَ بها، وهي دليلُ الشرطية، وإذا استُعملت في الأمرَين لا يقعُ الطلاقُ بالشَّكِّ، لاحتمال إرادةِ كلِّ واحدٍ منهما على الانفراد، بخلافِ قوله: طلِّقي نفسَك إذا شئتِ، حيث لا يخرج الأمرُ من يدِها بالقيام من المجلس، ويُحمَل على الوقت، لأنه لمّا احتملهما وقد مَلَكها، فلا يخرجُ الأمر من يدِها بالشكّ.

(**ولو قال: أنتِ طالِقٌ ثلاثاً ما لم أُطَلِّقْكِ، أنتِ طالِقٌ، فهي طالِقٌ هٰذهِ الواحِدَةَ**) لأنه وجد شرطُ البر[٢] وهو عدم الوقت الخالي عن التطليق.

---

(١) صدره: واستغنِ ما أغناكَ ربُّك بالغِنَى

والبيت من الكامل، لعبد قيس بن خُفَاف. وهو من قصيدة رائعة في الحِكَمِ، يوصي فيها ابنه جُبيلاً بمكارم الأخلاق العربية الأصيلة، مطلعها:

أَجُبَيلُ إن أباكَ كاربُ يومِهِ　　فإذا دُعيتَ إلى العظائمِ فاعجَلِ

انظر: «المفضليات» للضَّبِّي ص٢٨٤ و٢٨٥.

(٢) في (م): شرطٌ بائنٌ، والمثبت من (س).

ولو قال: أنا مِنكِ طالِقٌ، لم يقَعْ شيءٌ وإن نَوَى، ولو قال: أنا مِنكِ بائِن أو عليكِ حرامٌ، ونَوَى الطَّلاقَ، فواحِدَةٌ بائِنَةٌ، ولو قال: أنتِ طالِقٌ هٰكذا، وأشار بأصابِعِه الثَّلاثِ، فثلاثٌ، وبالواحِدَةِ واحِدَةٌ، وبالثِّنتَين ثِنتانِ، والمُعتَبرُ المَنشُورَةُ، وإن أشارَ بظُهُورِها فالمُعتَبرُ المَضمُومةُ.

(ولو قال: أنا مِنكِ طالِقٌ، لم يقَعْ شيءٌ وإن نَوَى، ولو قال: أنا مِنكِ بائِنٌ أو عليكِ حرامٌ، ونَوَى الطَّلاقَ، فواحِدَةٌ بائِنَةٌ) والفرقُ أن الطلاقَ إزالةُ القيد، والقيدُ قائمٌ بالمرأة دون الرجل، أو لإزالةِ المُلْكِ، وهي المملوكةُ وهو المالكُ؛ أما الإبانةُ فلقطع الوُصْلةِ، والتحريمُ لرفعِ الحَلِّ والوُصْلةِ، والحلُّ مشتركٌ بينهما، فصحَّ إضافتُهما إليهما دون الطلاق.

(ولو قال: أنتِ طالِقٌ هٰكذا، وأشار بأصابِعِه الثَّلاثِ، فثلاثٌ، وبالواحِدَةِ واحِدَةٌ، وبالثِّنتَين ثِنتانِ، والمُعتَبرُ المَنشُورَةُ) لأنها للإعلام بالعدد، قال عليه السلام: «الشهرُ هٰكذا وهٰكذا وهٰكذا وخَنَسَ إبهامَه»[1] وأراد في النوبةِ الثالثةِ: التسعةَ، وعليه العُرف، ولو أراد المضمُومَتَين أو الكَفَّ لم يصدَّق قضاءً، لأنه خلافُ الظاهر.

(وإن أشارَ بظُهُورِها فالمُعتَبرُ المَضمُومةُ) لأنه يريد إعلامَ العدد بقَدْر المضمومةِ رجوعاً إلى العادةِ بين الناس. ولو قال: أنت طالقٌ ولم يقل هٰكذا، وقعت واحدةٌ، لأنه لمّا لم يذكر العددَ بقي مجرَّدُ قوله: أنتِ طالق، فتقعُ واحدةٌ، ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً، أو قال: ثنتين،

---

(١) أخرجه البخاري (١٩٠٨)، ومسلم (١٠٨٠) من حديث ابن عمر. وهو في «مسند أحمد» (٤٨١٥)، و«صحيح ابن حبان» (٣٤٥٤).

وأنتِ طالقٌ بائنٌ، أو أفحَشَ الطَّلاقِ، أو أخبثَه، أو أَشَدَّه، أو أعظَمَه، أو أكبرَه، أو أشَرَّه، أو أسوأَهُ، أو طَلاقَ الشَّيطانِ، . . . .

أو قال: ثلاثاً، فماتت بعد قوله: أنتِ طالق قبل ذِكر العدد، لم يقع شيءٌ، لأنه متى ذَكَر العدد فالواقع هو العددُ، فإذا ماتت قبل ذِكر العدد فات المحلُّ قبل الإيقاع، فبَطَلَ.

وفي «الفتاوى»: إذا قال: أنتِ طالقٌ كذا كذا، طَلَقَتْ ثلاثاً، لأنه إذا أقرَّ بكذا كذا لزِمَه أحدَ عَشَرَ على ما عُرف، فكأنه قال: أنتِ طالق أحدَ عَشَرَ، ولو قال: كذٰلك، طَلَقَتْ ثلاثاً، كذٰلك هنا.

فصل في وَصْفِ الطلاق

أصلُه أنه متى وَصَفَ الطلاق بوصفٍ لا يوصَفُ به، ولا يحتملُه، وَقَعَ الطلاقُ وبَطَلَ الوصفُ، كقوله: أنتِ طالقٌ طلاقاً، لم يقع، فإنه يقعُ واحدةً، لأن الطلاق لم يُوصف بذٰلك، ومتى وَقَعَ الطلاقُ لا يرتفعُ، وكذا إذا قال: أنتِ طالق، وأنا بالخيارِ ثلاثةَ أيامٍ يقعُ ويبطلُ الشرطُ.

ومتى وَصَفَه بوصفٍ يُوصَف به، فلا يخلو إما إن كان يُنبئ عن زيادةِ شدَّةٍ وغِلْظةٍ أو لا، فإن كان لا يُنبئ عن ذٰلك فهو رجعيٌّ، وإن كان يُنبئ فهو بائنٌ، مثال الأوّل: أنتِ طالقٌ أفضلَ الطلاق، أجملَه، أو أحسنَه، أو أعدلَه، أو أسنَّه، أو خيرَه، فإنه تقع واحدةٌ رجعيةٌ، لأنه لا وصفَ لها يُنبئ عن الشدَّةِ، والبينونةُ وصفُ شدَّةٍ، فلا يقع.

(و) مثال الثاني: (**أنتِ طالقٌ بائنٌ، أو أفحَشَ الطَّلاقِ، أو أخبثَه، أو أَشَدَّه، أو أعظَمَه، أو أكبرَه، أو أشَرَّه، أو أسوأَهُ، أو طَلاقَ الشَّيطانِ،**

أو البِدعَةِ، أو كالجَبلِ، أو مِلْءَ البيتِ، أو تَطلِيقَةً شَدِيدَةً، أو طَوِيلةً، أو عَرِيضَةً، فهي واحدةٌ بائنةٌ)، وإن نَوَى الثّلاثَ فثلاثٌ.

أو البِدعَةِ، أو كالجَبلِ، أو مِلْءَ البيتِ، أو تَطلِيقَةً شَدِيدَةً، أو طَوِيلةً، أو عَرِيضَةً، فهي واحدةٌ بائنةٌ) لأن هٰذه الأوصاف تُنبئ عن الشدّةِ، والبائنُ: هو الشديدُ الذي لا يقدِرُ على رجعتها، بخلاف الرَّجْعيِّ، لأنه ليس بشديدٍ عليه، حتى يملكُ رجعتَها بدون أمرِها.

قال: (وإن نَوَى الثّلاثَ فثلاثٌ) لأن الشدّةَ والبدعةَ وطلاقَ الشيطان يتنوّعُ إلى نوعين: شدَّةٌ ضعيفةٌ وقويةٌ، فالضعيفةُ: الواحدةُ البائنةُ، فعند عدم النيةِ ينصرفُ إليها للتيقُّن، وإذا نوى الثلاثَ فقد نوى أحدَ نوعيه فيُصدَّقُ، وكذا لو قال: أنتِ طالقٌ كألف، لأنه يُشبَّه بها في القوّة. قال الشاعر[1]:

وواحدٌ كالألْفِ إنِ أمرٌ عَنَى[2]

---

(١) لفظة «الشاعر» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).

(٢) هٰذا عجز بيت وصدره:

والناسُ ألفٌ منهُمُ كواحدٍ

وهو لابن دريد من مقصورته المشهورة ورقمه ١٦٩ كما ورد في كتاب «ابن خالويه وجهوده في اللغة مع تحقيق كتابه شرح مقصورة ابن دريد» دراسة وتحقيق د. محمود جاسم محمد الدرويش ومطلعها عند ابن خالويه:

إمّا تَرَيْ رأسي حاكى لونُهُ   طُرَّةَ صُبْحٍ تحت أذيالِ الدُّجَى

وفي بعض الشروح أولها:

يا ظبيةً أشبه شيءٍ بالمَهَا   ترعى الخُزامى بين أشجارِ النَّقا

. . . .

ويُشبَّه بها في العدد، فأيَّهما نوى صحَّ، وعند عدمهما يثبتُ الأقلُّ لما مرّ. وعن محمد: أنه يقع الثلاثُ عند عدم النيةِ، لأنه عددٌ، فالظاهر هو التشبيه في العدد. ثم عند أبي حنيفةَ ومحمد: متى شَبَّه الطلاقَ فهو بائن، لأن التشبيه يقتضي زيادةَ الوصف، وذلك بالبينونة، لأن عند عدم التشبيه يكونُ رجعيّاً، وعند أبي يوسف ـ وقيل: هو قولُ محمد ـ: إن ذَكَر العِظَمَ كان بائناً، وإلا فلا، وسواءٌ كان المشبَّه به عظيماً في نفسِه أو لا، لأنه يحتمل التشبيه في نفسِ التوحيد، فإذا ذَكَر العِظَمَ علِمْنا أنه أراد الزيادةَ. وعند زفر: إن شبَّهه بما هو عظيمٌ في نفسِه كان بائناً، وإلا فهو رجعيٌّ، والخلافُ يظهر في قوله: أنت طالقٌ مثلَ رأس الإبرةِ، مثل عِظَمِ رأس الإبرة، مثل الجَبَلِ، مثل عِظَمِ الجبل، فعند أبي حنيفة: هو بائنٌ في الجميع، وعند أبي يوسف: هو بائنٌ في الثانية والرابعة، رجعيٌّ في الباقي، وعند زفر: هو بائن في الثالثةِ والرابعةِ، رجعيٌّ في الباقي. ولو قال: أنتِ طالقٌ مثلَ عدد كذا، لشيءٍ لا عدد له كالشمسِ والقمرِ، فواحدةٌ بائنةٌ عند أبي حنيفة، رجعيةٌ عند أبي يوسف. ولو قال: كالنجوم، فواحدةٌ عند محمد، لأن معناه: كالنجوم ضياءً، إلا أن ينوي العددَ فثلاث. ولو قال: أنتِ طالقٌ لا قليلٌ ولا كثيرٌ، يقع ثلاثاً. ولو قال: لا كثيرٌ ولا قليلٌ، تقع واحدةً، فيثبتُ ضدُّ ما نفاه أوّلاً، لأنَّ بالنفي ثَبَتَ ضدُّه، فلا يرتفع.

ولو طلَّق امرأته واحدةً رجعيةً، ثم قال: جعلتها بائنةً أو ثلاثاً، يكون كذلك عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يصير بائناً لا ثلاثاً، لأن

فصل

ومَن طَلَّقَ امرأتَه قَبلَ الدُّخُولِ ثلاثاً وَقَعْنَ. ولو قال: أنتِ طالِقٌ وطالِقٌ، أو طالِقٌ طالِقٌ، أو واحدةً وواحدةً، أو واحدةً قَبْلَ واحدةٍ، أو بعدَها واحدةٌ، وقَعَتْ واحدةٌ. . . . .

الواحدةَ لا تحتملُ العدد وتحتملُ التبديلَ إلى صفةٍ أخرى. وقال محمد: لا يكون بائناً ولا ثلاثاً لأنه إذا وَقَعَ بصفةٍ لا يملك تغييرَه، لأن تغيير الموقع لا يصحُّ. ولأبي حنيفة: أن الإبانةَ مملوكةٌ له، فيملك إثباتَها بعد الإيقاع ويملك إيقاعَ العدد، فيملك إلحاقَ الثنتين بالواحدةِ وضمهما إليها.

فصل

(**ومَن طَلَّقَ امرأتَه قَبلَ الدُّخُولِ ثلاثاً وَقَعْنَ**) لأن قوله: أنتِ طالقٌ ثلاثاً، إيقاعٌ لمصدرٍ محذوفٍ تقديرُه: طلاقاً ثلاثاً، فيقعنَ جملةً، وليس قولُه: أنتِ طالقٌ إيقاعاً على حِدَةٍ.

(**ولو قال: أنتِ طالِقٌ وطالِقٌ، أو طالِقٌ طالِقٌ، أو واحدةً وواحدةً، أو واحدةً قَبْلَ واحدةٍ، أو بعدَها واحدةٌ، وقَعَتْ واحدةٌ**) لأنه ما لم يعلِّق الكلامَ بشرطٍ أو يذكر في آخرِه ما يغيِّر صدرَه كان كلُّ لفظةٍ إيقاعاً على حِدَةٍ، فتقع الأولى وتبينُ لا إلى عدّةٍ، فتُصادِفُها الثانية وهي بائنٌ، فلا تقع. وأما القَبْليةُ والبَعْديةُ فالأصلُ فيها أنه متى ذُكر حرفُ الظرف مقروناً بهاء الكنايةِ بين طلاقين كان الظرفُ صفةً للمذكور آخِراً، وإن لم يَقْرِنْه بهاء الكِناية فهو صفةٌ للمذكور أوّلاً. مثاله: جاءني زيدٌ قبلَه

ولو قال أنتِ طالِقٌ واحِدَةً قَبْلَها واحدةٌ، أو بعدَ واحدةٍ فَثِنْتانِ. ولو قال: مَعَ واحدةٍ أو مَعَها واحدةٌ فَثِنتانِ أيضاً. ولو قال لها: إن دَخَلْتِ الدّارَ فأنتِ طالِقٌ واحدةً وواحدةً، فدَخَلَتْ وَقَعَتْ واحدةٌ (سم). ولو قالَ: أنتِ طالِقٌ واحدةً وواحدةً إن دَخَلْتِ الدّارَ، فدَخَلَتْ وقَعَتْ ثِنْتانِ.

عمرو، وجاءني زيدٌ قبلَ عمرٍو، فالقَبْليةُ في الأوّل صفةٌ لعمرو، وفي الثاني صفةٌ لزيد، فقوله: أنتِ طالقٌ واحدةً قبل واحدةٍ، فالقَبليّةُ صفةٌ للأولى، والإيقاعُ في الماضي إيقاعٌ للحال، لأن الإخباراتِ إنشاءاتٌ شرعاً، فوقعت الواحدةُ، فبانت بها، فلا يقع ما بعدها، وقوله: بعدَها واحدةٌ، فالبَعديةُ صفةٌ للأخيرة، وقد حصلت الإبانةُ قبلَها، فلا يقع.

(ولو قال: أنتِ طالِقٌ واحِدَةً قَبْلَها واحدةٌ، أو بعدَ واحدةٍ فَثِنْتانِ) لأن القبليةَ صفةٌ للأخرى، فاقتضى إيقاعَها في الماضي وإيقاعَ الأولى في الحال، قد بينا أن الإيقاعَ في الماضي إيقاعٌ في الحال، فيَقترِنان فيقعان، وفي المسألة الثانية: البَعديةُ صفةٌ للأولى، فاقتضى إيقاعَ الواحدةِ في الحال وإيقاعَ أخرى قبلَها، فيقترنان.

(ولو قال: مَعَ واحدةٍ، أو مَعَها واحدةٌ، فَثِنتانِ أيضاً) لأن كلمةَ مع للمقارنة.

(ولو قال لها: إن دَخَلْتِ الدّارَ فأنتِ طالِقٌ واحدةً وواحدةً، فدَخَلَتْ وَقَعَتْ واحدةٌ) وقالا: ثنتان.

(ولو قالَ: أنتِ طالِقٌ واحدةً وواحدةً إن دَخَلْتِ الدّارَ، فدَخَلَتْ وقَعَتْ ثِنْتانِ) بالإجماع. لهما: أن حرف الواو للجمع المُطْلَقِ،

فصل

وكِناياتُ الطَّلاقِ لا يقعُ بها إلاَّ بنِيَّةٍ أو بدِلالَةِ حالٍ، ويَقَعُ بائناً . . . . . .

والجمعُ بحرف الجمع كالجمعِ بلفظِ الجمع، ولا فرقَ بينهما إذا أخَّرَ الجزاءَ أو قدَّمَه، لأنه تعليقٌ بحرف الجمع. وله: أن الشرطَ إذا تأخر يُغَيِّر صدرَ الكلام، فيتوقفُ عليه جميعُ الكلام، فتقع جملةً، أما إذا تقدَّم لا مغيِّرَ له فلا يتوقفُ، والجمع يحتملُ الترتيب ويحتملُ القِرانَ، فعلى تقدير احتمال الترتيبِ لا تقعُ إلا واحدةٌ، كما إذا صرَّح به فلا يقع الزائدُ عليه بالشكِّ.

ولو عطف بحرف الفاء، قال الكرخي: هو على الخلاف، وقال أبو الليث: تقعُ واحدةٌ بالإجماع، لأن الفاء للتعقيب، قالوا: وهو الأصحُّ، ولو قال لغير المدخول بها: أنتِ طالقٌ طالقٌ إن دخلتِ الدار، بانت بالأولى ولم تتعلَّق الثانية، وفي المدخول بها تقعُ واحدةٌ للحال، وتتعلق الثانيةُ بالدخول.

فصل

(وكِناياتُ الطَّلاقِ لا يقعُ بها إلاَّ بنِيَّةٍ أو بدِلالَةِ حالٍ) لاحتمالها الطلاقَ وغيرَه، لأنها غيرُ موضوعة له فلا يتعين إلا بالتعيين، وهو أن ينويَه أو تدلَّ عليه الحال، فتترجَّحُ إرادتُه.

قال: (ويَقَعُ بائناً) لأنه يملكُ إيقاعَ البائن، وأنه أحدُ نوعَي البينونةِ، فيملكُه كالثلاث، وقد أوقَعَه بقوله: أنتِ بائنٌ، أو أنتِ طالقٌ بائنٌ، أو أبَنْتُكِ بطلقةٍ، ونحو ذٰلك، فإنَّ هٰذه الألفاظ تدلُّ على البينونةِ بصريحِها

إلاَّ اعتَدِّي، واستَبرِئي رَحِمَكِ، وأنتِ واحدةٌ، فيَقَعُ بها واحدةٌ رَجعِيَّةٌ. . . .

ومعناها، فإن قولَه: بائنٌ، صريحٌ. وبَتَّةٌ وبَتْلَةٌ يُنبئان عن القَطْع، وذٰلك في البائن دون الرجعيِّ، وكذا سائرُ الألفاظ إذا تأملتَ معناها.

قال: (**إلا اعتدِّي، واستَبرِئي رَحِمَكِ، وأنتِ واحدةٌ، فيَقَعُ بها واحدةٌ رَجعِيَّةٌ**) لأن قوله: اعتدِّي يحتملُ: اعتدِّي نِعَمَ الله تعالى، ويحتملُ اعتدِّي عدَّةَ الطلاق، فإذا نواها يصيرُ كأنه قال: طلقتُكِ فاعتدِّي، وذٰلك يوجبُ الرجعةَ. وقولَه: استبرئي رَحِمَك، فلأنه يُستعملُ للعِدَّة إذ هو المقصود منها، ويحتملُ: استبرِئي لأُطلِّقَكِ، فإن نوى الأوّلَ كان في معناه، فيكون رجعيّاً لما مرّ. وقولَه: أنتِ واحدةٌ، يصلُحُ نعتاً لمصدرٍ محذوفٍ، ويصلُحُ وصفاً لها بالتوحّد عنده، فإذا نوى الطلاقَ تعيَّن الأوّل، ومثله جائزٌ، كقوله: أعطيتُك جزيلاً، أي: عطاءً جزيلاً، وإذا احتملَه فإذا نواه تعيَّنَ مُجمَلاً، فيصيرُ كأنه قال: أنتِ طالقٌ طلقةً واحدةً، ولو قال ذٰلك كان رجعياً، فكذا هٰذا، ولهٰذا قال بعضُ أصحابنا: إذا أَعرَبَ الواحدةَ بالرفع لا يقعُ شيءٌ وإن نوى، لأنه صفةٌ لشخصها، وإن أَعرَبَ بالنصبِ تقعُ واحدةً من غيرِ نيّةٍ، لأنه نعتُ مصدرٍ محذوف، وإن سَكَّنَ يحتاج إلى نيَّتِه، وعامةُ المشايخ قالوا: الكلُّ سواء، لأن العامةَ لا يميِّزون بين ذٰلك فلا يُبنى حكمٌ يَرجع إليهم عليه، ولا يقع بهٰذه الألفاظ الثلاثةِ إلا واحدةٌ، لأن قوله: أنتِ طالقٌ، مضمَرٌ فيها أو مُقتضى، ولو أظهرَ لا يقعُ إلا واحدةٌ لما بينا، كذا هٰذا.

وألفاظُ البائنِ قولُه: أنتِ بائِنٌ، بَتَّةٌ، بَتْلَةٌ، حَرامٌ، حَبْلُكِ على غارِبك، خَلِيَّةٌ، بَرِيَّةٌ، الحَقِي بأهلِكِ، وَهَبتُكِ لأهلِكِ، سَرَّحتُكِ، فارَقتُكِ، أمرُكِ بيدِكِ، تَقَنَّعِي، استبرِئي، أنتِ حُرَّةٌ، اغرُبي، اخرُجِي، ابتَغي الأزواجَ. ويَصِحُّ فيها نِيَّةُ الواحدةِ والثَّلاثِ، ولو نَوَى الثِّنْتَينِ فواحدةٌ.

قال: (وألفاظُ البائنِ قولُه: أنتِ بائِنٌ، بَتَّةٌ، بَتْلَةٌ، حَرامٌ، حَبْلُكِ على غارِبك، خَلِيَّةٌ، بَرِيَّةٌ، الحَقِي بأهلِكِ، وَهَبتُكِ لأهلِكِ، سَرَّحتُكِ، فارَقتُكِ، أمرُكِ بيدِكِ، تَقَنَّعِي، استبرِئي، أنتِ حُرَّةٌ، اغرُبي، اخرُجِي، ابتَغي الأزواجَ. ويَصِحُّ فيها نِيَّةُ الواحدةِ والثَّلاثِ) لأن البينونةَ خفيفةٌ وغليظةٌ، فأيَّهما نوى صحَّ، وإن نوى نفسَ الطلاق فواحدةٌ، لأنه الأدنى.

(ولو نَوَى الثِّنْتَينِ فواحدةٌ) لأنهما عددٌ، واللفظُ لا يدلُّ على العدد، وفيه خلافُ زفر وقد تقدّم، ولا يقع إلا بالنيةِ أو في حال مذاكرةِ الطلاقِ، لأنه دليلٌ عليه، فيقع في القضاء، ولا يقع ديانةً إلا بالنية، وتقعُ واحدة لأنه أدنى.

ثم هي ثلاثةُ أقسام: منها ما يصلحُ جواباً لا غير، وهي ثلاثةٌ: أمرُكِ بيدِك، اختاري، اعتدِّي.

ومنها ما يصلحُ جواباً ورَدّاً لا غير، وهي سبعةٌ: اخرُجي، اذهبي، اغرُبي، قُومي، تقنَّعي، استبرئي، تخمَّري.

ومنها ما يصلحُ جواباً وردّاً وشتيمةً، وهي خمسةٌ: خليّةٌ، بريّةٌ، بَتّةٌ، بائنٌ، حَرَامٌ.

ولو قال لها: اختاري، يَنْوِي الطَّلاقَ، فلها أن تُطَلِّقَ نفسَها في مَجلِسِ عِلْمِها، . . . .

وعن أبي يوسف: أنه أَلحَقَ بالقِسم الأوّل خمسةً أخرى: خلَّيتُ سبيلَكِ، سرَّحتُك، لا مِلْكَ لي عليكِ، لا سبيلَ لي عليكِ، الحَقِي بأهلِكِ.

والأحوالُ ثلاثةٌ: حالةٌ مُطْلَقةٌ وهي حالةُ الرضا، وحالةُ مذاكرةِ طلاقِها، وحالةُ غَضَبٍ.

أما حالةُ الرضا فلا يقعُ الطلاقُ بشيءٍ من ذٰلك إلا بالنيةِ لما تقدّم، والقولُ قولُ الزَّوج في عدم النيةِ، لأنه لا يطَّلعُ عليه غيرُه، والحال لا يدلُّ عليه.

وفي حالِ مذاكرةِ الطلاق يقعُ الطلاق قضاءً، ولا يصدَّقُ على عَدَمِه إلا فيما يصلُحُ جواباً وردّاً، لأنه يحتملُ الردَّ وهو الأدنى فيُصدَّقُ فيه.

وفي حالة الغضبِ يصدَّقُ إلا فيما يصلُحُ جواباً لا غير، لأنه يصلح للطلاق[1] الذي يدلُّ عليه الغضبُ، فيُجعل طلاقاً.

قال: (**ولو قال لها: اختاري، يَنْوِي الطَّلاقَ، فلها أن تُطَلِّقَ نفسَها في مَجلِسِ عِلْمِها**) فإن كانت حاضرةً فبسماعِها، وإن كانت غائبةً فبالإخبار، لأن المخيَّرة لها المجلسُ بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولأنه ملَّكها فعلَ الاختيار، والتمليكاتُ تقتضي جواباً في المجلسِ، كالبيع والهبةِ ونحوهما.

---

(١) تحرف في (س) إلى: للإطلاق.

ويَبطُلُ خِيارُها بالقِيامِ، وبِتَبَدُّلِ المَجلِسِ، فإذا اختارَتْ نفسَها فهي واحدةٌ بائِنَةٌ، . . . .

(**ويَبطُلُ خِيارُها بالقِيامِ**) لأنه دليلُ الإعراض.

(**وبِتَبَدُّلِ المَجلِسِ**) حقيقةً بالانتقال إلى مجلسٍ آخر، ومعنىً بتبدُّل الأفعال؛ فمجلسُ الأكل غيرُ مجلسِ القتال، ومجلسُ القتال غيرُ مجلس البيعِ والشراءِ. ويبطل بتبدُّل المجلس وإن كانت معذورةً، فإن محمداً قال: إذا أخذ الزوجُ بيدِها وأقامَها من المجلس بَطَلَ خيارُها، ولو كانت في صلاةٍ مكتوبة، أو وِتْرٍ فأتمَّتْها لا يبطُلُ، وكذا في التطوُّع إن تمَّتْ ركعتين، لأنها ممنوعةٌ عن قطعها، وإن تمَّت أربعاً بَطَلَ، لأن الزيادةَ على ركعتين في النَّفْل كالدخول في صلاةٍ أخرى. وعن محمد في الأربع قبلَ الظهر: لا تبطُلُ وإن تَمَّتْها أربعاً، وهو الصحيح. ولو كانت قائمةً فقعدت فهي على خيارِها لأنه دليلُ التروِّي، فإن القعود أجمعُ للرأي، وكذا إذا كانت قاعدةً فاتكأت، أو متكئةً فقعَدَتْ، لأنه انتقال من جِلسةٍ إلى جِلسةٍ، وليس بإعراضٍ، كما إذا تربَّعتْ بعد أن كانت محتبيةً. وقيل: إذا كانت قاعدةً فاتكأتْ بَطَلَ خيارُها، لأنه إظهارٌ للتهاون بالأمر، فكان إعراضاً، والأوّل أصحُّ، ولو كانت قاعدةً فاضطجعتْ، فعن أبي يوسفَ روايتان، وإن كانت تسيرُ على دابَّةٍ أو في مَحْمِلٍ فوقفت فهي على خيارها، وإن سارت بَطَلَ خيارُها، إلا أن تختار مع سكوتِ الزوج، لأن سيرَ الدابَّةِ ووقوفَها مضافٌ إليها، فإذا سارت كان كمجلسٍ آخرَ.

(**فإذا اختارَتْ نفسَها فهي واحدةٌ بائِنَةٌ**) لأن اختيارَها نفسَها يوجبُ اختصاصها بها دون غيرها، وذلك بالبينونة.

ولا يكونُ ثلاثاً وإن نوَاها. ولا بُدَّ من ذِكْرِ النَّفْسِ أو ما يدلُّ عليه في كلامِه أو كلامِها. . . . .

(**ولا يكونُ ثلاثاً وإن نوَاها**) لأن الاختيارَ لا يتنوَّعُ.

(**ولا بُدَّ من ذِكْرِ النَّفْسِ أو ما يدلُّ عليه في كلامِه أو كلامِها**) مثل أن يقول: اختاري نفسَك، فتقول: اخترتُ، أو يقول لها: اختاري، فتقول: اخترتُ نفسي، لأن ذلك عرفٌ بإجماع الصحابة، وأنه المفسَّر من أحد الجانبين، ولأن المُبهَم لا يصلح تفسيراً للمُبهَم، حتى لو قال لها: اختاري، فقالت: اخترتُ، فليس بشيءٍ، لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق وضعاً، وإنما جُعل بالسنَّة فيما إذا كان مفسَّراً، فإذا لم يكن كذلك لا يقعُ به شيءٌ، ولأن قوله: اختاري، وقولها: اخترتُ، ليس له مخصِّصٌ[1] بها، فلا يقع الطلاق، فإذا ذكرتِ النفسَ تخصَّصَ الاختيارُ لها فيقعُ.

وقال في «المحيط»: ولا بدَّ من ذِكر النفسِ أو التطليقةِ أو الاختيارةِ في أحد الكلامين لوقوعِ الطلاق، أما ذِكرُ النفس فلما ذكرنا، وأما ذِكرُ التطليقةِ فظاهر، وأما الاختيارةُ فلأن الهاء تُنبئُ عن التفرُّد، واختيارُها نفسَها هو الذي يتَّحدُ مرّةً ويتعدّد أخرى، فصار مفسَّراً من جانبه. والقياسُ أن يقَعَ بالتخيير طلاقٌ وإن نوى، لأنه لا يملكُ إيقاعَ الطلاق بهذا اللفظ، فلا يملكُ التفويضَ إلى غيره، ولأن قولَها: أنا أختارُ نفسي يحتملُ الوعدَ، فلا يكون جواباً مع الاحتمال. وجه

---

(١) في (م): ليس بمخصص.

ولو قال لها: اختاري اختارِي اختارِي، فقالَت: اختَرْتُ اختيارَةً، أو قالت: اختَرْتُ الأُولى، أو الوُسطَى، أو الأخيرَةَ، فَهيَ ثَلاثٌ (سم)، . . . .

الاستحسان: إجماعُ الصحابة رضي الله عنهم، ولأن الشرعَ جَعَل هٰذا إيجاباً وجواباً، لما روي أنه لما نزل قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا﴾ الآية [الأحزاب: ٢٨]، بدأ رسول الله ﷺ بعائشةَ رضي الله عنها، فقال: «إني أخبرُك بشيءٍ، فما عليكِ ألا تُجيبيني حتى تستأمِري أبَوَيكِ» ثم أخبرها بالآية، فقالت: أفي هٰذا أستأمرُ أبويَّ يا رسول الله؟ لا، بل أختار الله ورسولَه[1]. وأرادت بذٰلك الاختيار للحال، وأعدَّه رسولُ الله ﷺ جواباً وإيجاباً، ولأن له أن يستديمَ النكاحَ، وله أن يفارقَها، فله أن يُقيمَها مقامَ نفسِه في ذٰلك.

(**ولو قال لها: اختاري اختارِي اختارِي، فقالَت: اختَرْتُ اختيارَةً، أو قالت: اختَرْتُ الأُولى، أو الوُسطَى، أو الأخيرَةَ، فَهيَ ثَلاثٌ**) ولا يحتاج إلى نيَّةِ الزوج، لأن تكرار هٰذا الكلام إنما يكونُ في الطلاق دون غيره. أما قولها: اختيارةً، فلأنها للمَرَّة، ولو صرَّحت بالمرّةِ كانت ثلاثاً، فكذا هٰذا، ولأنها للتأكيدِ، والتأكيدُ بوقوع الثلاث.

وأما قولها[2]: الأولى أو الوسطى أو الأخيرةَ، فمذهبُ أبي حنيفة. وقالا: تقع واحدةٌ، لأن ذِكر الأولى أو الوسطى أو الأخيرةِ إن

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٨٥)، ومسلم (١٤٧٥) من حديث عائشة، وهو في «مسند أحمد» (٢٤٤٨٧).

(٢) في (س): «قوله»، والمثبت من (م).

ولو قالت: طَلَّقْتُ نَفسِي أو اختَرتُ نَفسي بتَطلِيقَةٍ، فهي رَجعِيَّةٌ. ولو قال اختارِي نَفسَكِ، أو أمْرُكِ بيدِكِ بتَطليقةٍ، فاختارَتْ نفسَها، فهي واحدةٌ رَجعِيَّةٌ. ولو خَيَّرَها فقالت: اخْتَرتُ نَفسِي لا بل زَوجِي، لا يَقَعُ، ولو قالت: نَفسِي أو زَوجِي، لا يَقَعُ، ....

كان لا يفيدُ الترتيب يفيدُ الإفراد، لأنه يدلُّ عليه، فيُعتَبر فيه. وله: أنها إنما تتصرَّفُ فيما ملَكَتْه، إذ المجتَمِعُ في الملْكِ كالمجتَمِعِ في المكان، وذٰلك لا يحتملُ الترتيب، فإن القوم المجتمِعين في مكانٍ لا يقالُ: هٰذا أوّلُ وهٰذا آخر، ويقال: هٰذا جاء أوّلاً وهٰذا آخِراً، فيكون الترتيب في مجيئِهما لا في ذاتِهما، وإذا كان كذٰلك لَغَا قولُها: الأولى أو الوسطى، فبقي قولُها: اخترتُ، ولو قالت: اخترتُ، وسكَتَتْ، وقعت الثلاثُ، كذا هٰذا.

(**ولو قالت: طَلَّقْتُ نَفسِي، أو اختَرتُ نَفسي بتَطلِيقَةٍ، فهي رَجعِيَّةٌ**) لأنها اختارت نفسَها بعد انقضاء العدَّةِ، لأن هٰذا يوجبُ الانطلاق بعدَ انقضاء العدَّةِ.

(**ولو قال: اختارِي نَفسَكِ، أو أمْرُكِ بيدِكِ بتَطليقةٍ، فاختارَتْ نَفسَها، فهي واحدةٌ رَجعِيَّةٌ**) لأن ذِكر الطلاق يَعْقُبُ الرجعةَ، وصار كأنه قال: طلِّقي نفسَك.

(**ولو خَيَّرَها فقالت: اخْتَرتُ نَفسِي لا بل زَوجِي، لا يَقَعُ**) لأنه للإضراب عن الأولِ، فلا يقع.

(**ولو قالت: نَفسِي أو زَوجِي، لا يَقَعُ**) لأن «أو» للشكِّ، فلا يقعُ الطلاق بالشكّ، وخَرَجَ الأمرُ من يدِها لاشتغالها بشيءٍ آخرَ.

ولو قالت: نَفسِي وزَوجِي طَلَقَتْ. والأمرُ باليدِ كالتَّخيِيرِ يَتوَقَّفُ على المَجلِسِ، إلاَّ أنَّه إذا قال: أمرُكِ بِيدِكِ ونَوى الثَّلاثَ صَحَّ. فلو قالت في جوابِ الأمرِ باليدِ: اختَرتُ نفسي بواحدةٍ فهي ثَلاثٌ. ولو قال لها: أمرُكِ بِيدِكِ فاختارَتْ نَفسَها يَقعُ، ....

(**ولو قالت: نَفسِي وزَوجِي، طَلَقَتْ**) ولا يصحُّ العطف.

(**والأمرُ باليدِ كالتَّخيِيرِ يَتَوَقَّفُ على المَجلِسِ**) على ما ذكرنا.

(**إلا أنَّه إذا قال: أمرُكِ بِيدِكِ، ونَوى الثَّلاثَ صَحَّ**) لأنه يحتملُ العموم والخصوصَ، والاختيارُ لا يحتملُ العموم، فإن الأمر باليدِ يُنبئ عن التمليكِ وضعاً، قال تعالى: ﴿وَٱلۡأَمۡرُ يَوۡمَئِذٖ لِّلَّهِ﴾ [الانفطار: ١٩]، والاختيار عُرِفَ تمليكاً شرعاً لا وضعاً، والإجماعُ انعقدَ في الطلقةِ الواحدةِ لا غير، فلهٰذا صحَّت نيَّةُ الثلاث في الأمرِ باليدِ دون التخيير.

(**فلو قالت في جوابِ الأمرِ باليدِ: اختَرتُ نفسي بواحدةٍ فهي ثَلاثٌ**) لأنها صفةُ الاختيارةِ، لأن الاختيارةَ تصلُح جواباً للأمر باليد، لكونِه تمليكاً كالتخيير، فصار كما إذا قالت: اخترتُ نفسي مرّةً واحدةً، وبذٰلك يقعُ الثلاث.

(**ولو قال لها: أمرُكِ بِيدِكِ فاختارَتْ نفسَها**) قيل: لا يقعُ، والأصحُّ أنه (**يقعُ**). ولو قال لها: إن دخلتِ الدارَ فأمرُك بيدكِ، إن طلَّقت نفسَها كما وقَعَتْ قدمُها فيها طَلقَتْ، وإن طَلَّقَتْ بعد ما مَشَتْ خطْوتين لم تَطْلُقْ.

ولو قال لها: طَلِّقي نَفسَكِ، فلها أن تُطَلِّق في المَجلِسِ وتَقَعُ واحدةٌ رَجعِيَّةٌ، وليسَ له أن يَرْجِعَ عنه. وإن طَلَّقَتْ نَفسَها ثلاثاً وقد أرادَها الزَّوجُ وَقَعْنَ. ولا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنتَينِ (ز) إلاَّ أن تكُونَ أمَةً فيَصِحُّ، ولو كانت حُرَّةً وقد طَلَّقَها واحدةً لا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنتَينِ. ولو قالت: أبَنْتُ نَفسِي طَلَقَتْ واحدةً رَجعِيَّةً.

(ولو قال لها: طَلِّقي نَفسَكِ، فلها أن تُطَلِّق في المَجلِسِ) لأن المرأة لا تكونُ وكيلةً في حقِّ نفسها، فكان تمليكاً. (وتَقَعُ واحدةٌ رَجعِيَّةٌ، وليسَ له أن يَرْجِعَ عنه) لأنه تمليكٌ فيه معنى التعليق، لأنه علَّق الطلاق بتطليقِها، وكذا قوله: أنتِ طالقٌ إن شئتِ، أو أحببتِ، أو هَوِيتِ، أو أردتِ، أو رضيتِ، لأن كلَّه تعليقٌ بفعل القلبِ، فهو كالخِيار.

(وإن طَلَّقَتْ نَفسَها ثلاثاً وقد أرادَها الزَّوجُ وَقَعْنَ) لأن معناه، افعلي الطلاقَ، وهو اسمُ جنسٍ، فيتناول الأدنى مع احتمال الجميع، كسائر أسماءِ الأجناس، فتصحُّ نيةُ الثلاثِ، وينصرفُ إلى الأدنى عند عدمِها على ما مرّ.

(ولا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنتَينِ) لأنه عددٌ، خلافاً لزفر، وقد بيناه (إلاَّ أن تكُونَ أمَةً فيَصِحُّ) لأنه الجنسُ في حقِّها.

(ولو كانت حُرَّةً وقد طَلَّقَها واحدةً لا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنتَينِ) لأنه ليس بجنسٍ في حقِّها.

(ولو قالت: أبَنْتُ نَفسِي طَلَقَتْ واحدةً رَجعِيَّةً) لأن الإبانة من ألفاظِ الطلاق، إلا أنها زادت فيها وصفَ الإبانةِ فيلغو، كما إذا قالت: طلَّقتُ نفسي بائنةً. وعن أبي حنيفة: لا يقعُ شيءٌ لأنها أتت بغيرِ ما فوَّضَ إليها، ويتقيدُ بالمجلس كما في المخيَّرةِ، لأنه تمليكٌ أيضاً.

ولو قال لها: أمرُكِ بيدِكِ، فقالتْ: أنتَ عَليَّ حَرامٌ، أو أنتَ مِنِّي بائنٌ، أو أنا عَلَيكَ حَرامٌ، أو أنا مِنكَ بائنٌ، فهو جوابٌ، وطَلَقَتْ، ولو قالت: أنا مِنكَ طَالِقٌ، أو أنا طالِقٌ، وَقَعَ. ولو قال لها: طَلِّقي نَفسَكِ متى شِئْتِ، أو متى ما شِئْتِ، أو إذا شِئْتِ، أو إذا ما شِئْتِ، لا يَتَقَيَّدُ بالمَجلِس ولو رَدَّتْهُ لا يَرتَدُّ، وكذا لو قال لِغَيرِه: طَلِّقِ امرأتي، ولو قال له: إن شِئْتَ اقتَصَرَ على المَجلِس (ز). . . . .

(ولو قال لها: أمرُكِ بيدِكِ، فقالتْ: أنتَ عَليَّ حَرامٌ، أو أنتَ مِنِّي بائنٌ، أو أنا عَلَيكَ حَرامٌ، أو أنا مِنكَ بائنٌ، فهو جوابٌ، وطَلَقَتْ) لأن هٰذه الألفاظ تفيدُ الطلاق، كما إذا قالت: طلَّقتُ نفسي، ولو قالت: أنتَ مني طالقٌ، لم يقع شيءٌ.

(ولو قالت: أنا مِنكَ طَالِقٌ، أو أنا طالِقٌ، وَقَعَ) لأن المرأة توصَفُ بالطلاق دون الرجل.

(ولو قال لها: طَلِّقي نَفسَكِ متى شِئْتِ، أو متى ما شِئْتِ، أو إذا شِئْتِ، أو إذا ما شِئْتِ، لا يَتَقَيَّدُ بالمَجلِس) لأنها لعُموم الأوقات، كأنه قال: في أيِّ وقتٍ شئتِ، وهٰذا في «متى» و«متى ما» ظاهرٌ، وأما «إذا» و«إذا ما» فقد سبق الكلامُ فيه والعذرُ عنه[1].

(ولو رَدَّتْهُ لا يَرتَدُّ) لأنه ملَّكها الطلاقَ في أيِّ وقت شاءت، فلم يكن تمليكاً قبل المشيئةِ، فلا يرتدُّ بالردِّ. (وكذا لو قال لِغَيرِه: طَلِّقِ امرأتي) لا يتقيَّدُ بالمجلس، لأنه توكيلٌ. (ولو قال له: إن شِئْتَ اقتَصَرَ على المَجلِس) وقال زفر: هو والأوّلُ سواء، لأنه توكيلٌ، كما إذا

---

(١) انظر ص١٥٨-١٥٩.

ولو قال لها: طَلِّقي نفسَكِ كُلَّما شِئْتِ، فلها أن تُفَرّقَ الثَّلاثَ وليس لها أن تَجمَعَها، ولو قال: طلِّقِي نَفسَكِ ثلاثاً، فطَلَّقَتْ واحدةً فهي واحدةٌ، ولو قال: واحدةً فطَلَّقَتْ ثَلاثاً لم يقَعْ شيءٌ (سم). . . . .

سَكَتَ عن المشيئةِ. ولنا: أنه تمليكٌ حيث علَّقه بالمشيئة، والمالكُ يتصرَّفُ بالمشيئة، والتمليكُ يقتصرُ على المجلس لما عُرف. ولو قال لها: أنتِ طالقٌ إن أحببتِ، فقالت: شئتُ، وَقَعَ، ولو قال: إن شئتِ، فقالت: أحببتُ، لا يقعُ، والفرقُ أن المشيئة إرادةٌ وإيجابٌ، وفيها معنى المحبةِ وزيادةٌ، فقد وُجِدَ الشرط في الأولى وزيادةٌ، والمحبةُ ليس فيها إيجابٌ، فلم يوجد في المسألة الثانية المشيئةُ بتلك الصفةِ، فلم يوجدِ الشرطُ.

(**ولو قال لها: طَلِّقي نَفسَكِ كُلَّما شِئْتِ، فلها أن تُفَرّقَ الثَّلاثَ**) لأن «كلما» تقتضي تكرارَ الفعل، ويقتصرُ على المملوكِ من الطلاق في النكاحِ القائمِ، حتى لو طلَّقها ثلاثاً وعادت إليه بعدَ زوجٍ آخرَ لا تملكُ التطليق. (**وليس لها أن تَجمَعَها**) لأنها توجبُ عمومَ الانفراد لا عمومَ الاجتماع. وقال زفر: لا يقتصرُ على المملوكِ في النكاحِ، حتى كان لها أن تطلِّق نفسَها بعد زوجٍ آخرَ عملاً بحقيقةِ كلمة «كلما». ولنا: أنه تمليكٌ فلا يصحُّ إلا فيما هو في ملكِه، ولا يملك أكثرَ من الثلاث، وعلى هٰذا الإيلاءُ إذا وقع به ثلاثُ طلقاتٍ ثم عادت إليه لا يعودُ الإيلاء عندنا، وعنده يعود.

(**ولو قال: طلِّقِي نَفسَكِ ثلاثاً فطَلَّقَتْ واحدةً فهي واحدةٌ**) لأنها أوقعت بعضَ ما ملكت. (**ولو قال: واحدةً فطَلَّقَتْ ثَلاثاً لم يَقَعْ شيءٌ**)

ولو قال لها: طَلِّقي نَفسَكِ واحدةً أملِكُ الرَّجعَةَ، فقَالَتْ طَلَّقتُ نَفسِي واحدةً بائِنةً فهي رَجعيَّةٌ، ولو قال: واحدةً بائنةً، فقالت: طَلَّقْتُ رَجعيَّةً فهي بائِنةٌ، ولو قال لها: أنتِ طالِقٌ كَيفَ شِئْتِ وقَعَتْ واحدةٌ رَجعِيَّةٌ وإن لم تَشَأْ، فإن شاءتْ بائِنةً أو ثلاثاً وقد أرادَ الزَّوجُ ذٰلكَ وقَعَ، وإن اختَلَفَتْ مَشيئَتُها وإرَادَتُه فواحدةٌ (سم) رَجعِيَّةٌ، . . . .

عند أبي حنيفة، وقالا: تقعُ واحدةٌ لأنها ملكت الواحدةَ، وقد أتت بالزيادة عليها، فتلغو كما إذا قال لها: أنتِ طالقٌ أربعاً، فإنها تقع الثلاثُ وتلغو الزيادة. وله: أن الواحدةَ غيرُ الثلاث لفظاً ومعنىً، فقد أتت بغيرِ ما ملَّكها، فكان كلاماً مبتدأً، فلا يقعُ، بخلاف الزوج لأنه يملكُ الثلاث، فيتصرَّفُ فيها بحُكم الملك، والزائدُ عليها لغوٌ، فَبَطَلَ.

(**ولو قال لها: طَلِّقي نَفسَكِ واحدةً أملِكُ الرَّجعَةَ، فقَالَتْ: طَلَّقتُ نَفسِي واحدةً بائِنةً، فهي رَجعيَّةٌ**) لأنها أتت بالأصل، فصحَّ ووقع ما أمرَها به، ثم أتت بزيادةِ وصفٍ فيلغو، إذ لا حاجةَ إليه.

(**ولو قال: واحدةً بائنةً، فقالت: طَلَّقْتُ رَجعيَّةً، فهي بائِنةٌ**) لما قلنا.

(**ولو قال لها: أنتِ طالِقٌ كَيفَ شِئْتِ، وقَعَتْ واحدةٌ رَجعِيَّةٌ وإن لم تَشَأْ، فإن شاءتْ بائِنةً أو ثلاثاً وقد أرادَ الزَّوجُ ذٰلكَ وقَعَ**) للاتفاق بين إرادتِه ومشيئتِها. (**وإن اختَلَفَتْ مَشيئَتُها وإرَادَتُه فواحدةٌ رَجعِيَّةٌ**) لأنها لما خالفَتْه لغا تصرُّفها، فبقي أصلُ الإيقاع. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقعُ شيءٌ ما لم تُوقِعِ المرأةُ، فتشاءُ ثلاثاً أو واحدةً رجعيةً أو بائنةً،

ولو قال: أنتِ طالقٌ ما شِئْتِ أو كم شِئْتِ، فلها أن تُطَلِّقَ نفسَها ما شاءَتْ، ولو قال لها: طَلِّقِي نَفسَكِ مِن ثَلاثٍ ما شئْتِ، فليس لها أن تُطَلِّقَ ثَلاثاً، وتُطَلِّقُ ما دونَها (سم).

والعِتقُ على هٰذا الخلاف. لهما: أنه فوَّضَ إليها التطليقَ على أيِّ صفةٍ شاءت، فوجب أن يتعلَّق بمشيئتِها أصلُ الطلاق، حتى تملكُ ذٰلك قبلَ الدخول وبعدَه، ولو وقع بمجرّدِ إيقاعِه لا يملكُ قبل الدخول. ولأبي حنيفة: أنّ «كيف» للاستيصاف، فتقتضي ثبوتَ أصل الطلاق، ويكونُ التفويض إليها في الصفةِ عملاً بحقيقةِ كلمة «كيف».

(**ولو قال: أنتِ طالقٌ ما شِئْتِ أو كم شِئْتِ، فلها أن تُطَلِّقَ نَفسَها ما شاءَتْ**) لأنهما يُستعملان للعدد، فقد فوَّض إليها أيَّ شيء شاءت من العدد.

(**ولو قال لها: طَلِّقِي نَفسَكِ مِن ثَلاثٍ ما شئْتِ، فليس لها أن تُطَلِّقَ ثَلاثاً، وتُطَلِّقُ ما دونَها**) وقالا: لها أن تطلِّق ثلاثاً إن شاءت، لأن «ما» للعموم، و«مِن» تستعمل للتمييز، فيُحمل على تمييز الجنس، كقوله: كُلْ مِن طعامي ما شئتَ. ولأبي حنيفة: أنَّ «من» حقيقةٌ للتبعيض، و«ما» للتعميم، فيُعمَلُ بهما، فجعلنا المفوَّض إليها بعض الثلاث، لـكنَّ بعضاً له عمومٌ وهو ثنتان، وإنما تُرِك التبعيضُ في النظير لدِلالة الحال، وهو إظهارُ السماحة والكَرَم.

ولو قال: إن شئتِ فأنت طالقٌ إذا شئتِ، فهما مشيئتان: إحداهما على المجلسِ، والثانية مُطْلَقةٌ مؤقتةٌ بالوقت، فإن قامت بَطَلَتا، أما

. . . .

المؤقتةُ فلتوقِّتها بالمجلس، وأما المُطْلَقَةُ فلتعلِّقها بها، وإن شاءت يصيرُ كأنه قال لها في ذٰلك الوقت: أنتِ طالقٌ إذا شئتِ.

ولو قيل له: أَلَكَ امرأةٌ؟ فقال: لا، ونوى الطلاقَ وقع، ذكره في «المحيط» وقال: هو الصحيح. وكذا لو قالت: لستَ لي بزوجٍ، فقال الزوج: صدقتِ، ونوى الطلاقَ، وكذا قوله: لستِ لي بامرأةٍ، أو ما أنتِ لي بامرأة، أو لستُ لكِ بزوج، أو ما أنا لكِ بزوجٍ، ونوى الطلاقَ يقعُ، وقالا: لا يقع، لأنه إخبارٌ كذبٌ، فلا يقع وإن نوى. وله: أنه يحتمل الطلاقَ بالإضمار، تقديره: لستِ لي بامرأةٍ، لأني طلقتُك، وإذا احتمل ذٰلك ونواه صحتْ نيتُه، فيقع الطلاق. ولو قال له آخر: هل امرأتك إلا طالقٌ؟ فقال الزوج: لا، طَلَقَتْ، ولو قال: نعم، لا تطلُق، لأن قولَه: نعم، معناه: نعم امرأتي غيرُ طالق، وقوله: لا، معناه: ليس امرأتي إلا طالق.

ولو قال لامرأته: قولي: أنا طالق، لم تَطْلُق حتى تقول، لأنه أمرٌ بالإنشاء. ولو قال لغيره: قل لامرأتي إنها طالق، طَلَقَتْ قال أو لم يقل، لأنه أمَرَه بالإخبار، وأنه يستدعي سَبْقَ المُخْبَرِ به.

ولو قال له آخر: إن لم تقضِ حقي اليومَ فامرأتُك طالقٌ، فقال: نعم، وأراد جوابَه، انعقدت يمينُه، لأن الجواب يستدعي إعادةَ السؤال، فكأنه قال: نعم امرأتي طالق إن لم أقضِ حقَّك.

. . . .

ولو قال لها: اعتدِّي اعتدِّي اعتدِّي، وقال: نويتُ واحدةً صُدِّقَ ديانةً، ويقع ثلاثاً في القضاء، ولو قال: عَنَيتُ بالثانية العدةَ، صُدِّقَ قضاءً، ولو قال: نويتُ بالأول طلاقاً ولم أنو بالثانيةِ والثالثةِ شيئاً، فهي ثلاثٌ، لأنهما في حالِ مذاكرةِ الطلاق، فتتعين له.

ومن الكنايات: الكتابةُ، فإذا كتَبَ طلاقَ امرأتِه في كتابٍ أو لوحٍ أو على حائطٍ أو أرضٍ لا يقعُ إلا بنيةٍ وأصلُه أن الكتابةَ حروفٌ منظومةٌ تدلُّ على معانٍ مفهومةٍ كالكلام، وكُتُبُ رسولِ الله ﷺ قامت مقامَ قوله في الدعاء إلى الإسلام، حتى وَجَبَ على كلِّ[1] مَن بلغَتْه. فنقول: إذا كَتَبَ ما لا يستبينُ، أو كَتَبَ في الهواء فليس بشيءٍ، لأن ما لا يستبينُ في الكتابة كالمَجْمَجَةِ[2] والكلامِ غير المفهوم، وإذا كتب ما يستبينُ فلا يخلو إما إن كان على وجهِ المخاطَبَةِ أو لا، فإن لم يكن على وجهِ المخاطَبَة مثل أن يكتب: امرأتُه طالق، فإنه يتوقف على النيةِ، لأن الكتابةَ تقوم مقامَ الكلام، كالكنايةِ مع الصريح، وإن كتب على وجه الخطابِ والرسالةِ، مثل أن يقول: يا فلانةُ أنتِ طالقٌ، أو إذا وَصَلَ إليكِ كتابي فأنتِ طالقٌ، فإنه يقعُ به الطلاقُ من غير نيةٍ، ولا يُصدَّقُ أنه ما نوى، لأنه ظاهر فيه، ثم إن كان بغيرِ تعليقٍ وقع للحالِ، كأنه قال

---

(١) لفظة «كل» أثبتناها من (م)، ولم ترد في (س).

(٢) المَجْمَجَةُ: تخليط الكتاب وإفساده بالقلم، ومَجْمَجْتُ الكتاب: إذا لم تُبيِّنِ الحروفَ.

وألفاظُ الشَّرْطِ: إنْ، وإذا، وإذا ما، ومتى، ومتى ما، وكُلٌّ، وكُلَّما. فإذا عَلَّقَ الطَّلاقَ بِشَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَه وانحَلَّتِ اليَمِينُ وانتَهَتْ إلاَّ في كُلَّما.

لها: أنتِ طالقٍ، وإن كان معلَّقاً بأن كتب: إذا جاءَكِ كتابي فأنتِ طالقٌ لا يقعُ حتى يصلَ إليها، لأنه علَّق الوقوع بشرطٍ، فلا يقع قبلَه، كما إذا علَّقه بدخول الدار، فإن وَصَلَ الكتابُ إلى أبيها فمزَّقَه ولم يدفعه إليها، إن كان هو المتصرِّفُ في أمورها وَقَعَ الطلاق، لأنه كالوصول إليها، وإن لم يكن هو المتصرِّفُ في أمورِها لا يقعُ وإن أخبرها ما لم يدفعه إليها، لأنه كالأجنبي.

قال: (**وألفاظُ الشَّرْطِ: إنْ، وإذا، وإذا ما، ومتى، ومتى ما، وكُلٌّ، وكُلَّما**) لأنها مستعملةٌ فيه وضعاً. أما «إن» فشرطٌ محضٌ ليس فيه معنى الوقت، وما وراءَها فيها معنى الوقت على ما بيناه، وكلمة «كل» ليست بشرطٍ لأنها يليها الاسمُ، والشرطُ ما يليه الفعلُ، لأنه يتعلق به الجزاءُ وهو فعلٌ، إلا أنه لتعلُّقِ الفعلِ بالاسم الذي يليها أُلحِقَ بالشرط، مثل قوله: كلُّ عبدٍ اشتريتُه فهو حرٌّ.

قال: (**فإذا عَلَّقَ الطَّلاقَ بِشَرطٍ وَقَعَ عَقِيبَه وانحَلَّتِ اليَمِينُ وانتَهَتْ**) لأن الفعلَ إذا وُجد ثمَّ الشرطُ، فلا تبقى اليمينُ (**إلاَّ في كُلَّما**) فإنها لعُموم الأفعال، قال تعالى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم﴾ الآية [النساء: ٥٦]، وإذا كانت للعموم يلزمه التكرارُ ضرورةً، حتى تَقَعَ الثلاثُ المملوكاتُ في النكاح القائمِ، فلو تزوّجها بعدَ زوجٍ آخرَ ووُجدَ الشرطُ لم يقع شيءٌ، خلافاً لزفر لمقتضى العموم. ولنا: أنه إنما علَّق

ولا يصِحُّ التعليقُ إلاَّ أن يكونَ الحالِفُ مالكاً، كقولِه لامرأتِه: إن دَخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالِقٌ، أو يقولُ لعبدِه: إن كَلَّمتَ زَيداً فأنتَ حُرٌّ، أو يُضِيفُه إلى مِلْكٍ، كقولِه لأجنَبِيَّةٍ: إن تزَوَّجتُكِ فأنتِ طالِقٌ، أو كُلُّ امرأةٍ أتزَوَّجُها فهي طالِقٌ، أو كُلّ عبدٍ أشتَرِيهِ فهو حُرٌّ. وزوالُ المِلْكِ لا يُبطِلُ اليَمِينَ، فإن وُجِدَ الشَّرطُ في مِلْكٍ انحَلَّتْ ووَقَعَ الطَّلاقُ، وإن وُجِدَ في غَيرِ مِلْكٍ انحَلَّتْ ولم يَقَعْ شيءٌ. . . . .

ما يملِكُه من الطَّلقات، وقد انتهى ذٰلك وهو الجزاءُ، فتنتهي اليمينُ ضرورةً.

قال: (ولا يصِحُّ التعليقُ إلاَّ أن يكونَ الحالِفُ مالكاً، كقولِه لامرأتِه: إن دَخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالِقٌ، أو يقولُ لعبدِه: إن كَلَّمتَ زَيداً فأنتَ حُرٌّ، أو يُضِيفُه إلى مِلْكٍ، كقولِه لأجنَبِيَّةٍ: إن تزَوَّجتُكِ فأنتِ طالِقٌ، أو كُلُّ امرأةٍ أتزَوَّجُها فهي طالِقٌ، أو كُلّ عبدٍ أشتَرِيهِ فهو حُرٌّ) لأنه لا بدَّ أن يكون الجزاءُ ظاهراً ليكون مخوِّفاً ليتحقق معنى اليمين، وهو القوّةُ على المنعِ أو الحَمْل، ولا ظهورَ له إلا بأحدِ هٰذين.

قال: (وزوالُ المِلْكِ لا يُبطِلُ اليَمِينَ) لأنه لم يوجد الشرطُ. (فإن وُجِدَ الشَّرطُ في مِلْكٍ انحَلَّتْ) اليمينُ (ووَقَعَ الطَّلاقُ) لأن الشرط وُجِدَ، والمَحَلُّ قابلٌ للجزاء، فينزلُ وينتهي اليمينُ لما مرّ.

(وإن وُجِدَ في غَيرِ مِلْكٍ انحَلَّتْ) لوجود الشرط (ولم يَقَعْ شيءٌ) لعدم قَبول المَحَلِّ. وفي «كلما» لا تنحلُّ اليمين بوجود الشرطِ حتى يَقَعَ الثلاثُ على ما بيناه.

وإذا اختَلَفا في وُجُودِ الشَّرطِ فالقَولُ لِلزَّوجِ والبَيِّنةُ لِلمَرأةِ، وما لا يُعلَمُ إلا من جهتَها فالقَولُ قَولُها في حَقّ نَفسِها، كقوله: إن حِضْتِ فأنتِ طالِقٌ وفُلانَةُ، فقالت: حِضْتُ طَلَقَتْ هي خاصَّةً، وكذٰلك التَّعْليقُ بمَحَبَّتِها. ولو قال: إن كُنْتِ تُحِبِّينَ أن يُعَذِّبَكِ اللهُ بنارِ جَهنَّم فأنتِ طالِقٌ وعبدِي حُرٌّ، فقالت: أُحِبُّ، طَلَقَتْ ولم يُعتَقِ العبدُ. . . . .

(وإذا اختَلَفا في وُجُودِ الشَّرطِ فالقَولُ لِلزَّوجِ) لأنه منكِرٌ ومتمسِّكٌ بالأصل وهو العدم (والبَيِّنةُ لِلمَرأةِ) لأنها مدَّعيةٌ مثْبتَةٌ.

قال: (وما لا يُعلَمُ إلا من جهتَها فالقَولُ قَولُها في حَقّ نَفسِها، كقولِه: إن حِضْتِ فأنتِ طالِقٌ وفُلانَةُ، فقالت: حِضْتُ، طَلَقَتْ هي خاصَّةً) والقياس أن لا تطلُقَ، لأنه شرطٌ كغيرِه من الشروط. وجه الاستحسان: أنها أمينةٌ في ذٰلك، ولا يُعرَف إلا من جهتِها، وقد اعتبَرَ الشرعُ قولها في ذٰلك في العدَّةِ والوَطْء، فكذا هٰذا، إلا أنه في حقِّ ضَرَّتها شهادةٌ، وهي متهمةٌ، فلا يُقبَلُ قولُها وحدَها.

قال: (وكذٰلك التَّعْليقُ بمَحَبَّتِها) وهو أن يقول: إن كنتِ تُحبِّيني فأنتِ طالقٌ وفلانةُ، فقالت: أحبُّكَ، طَلَقَتْ وحدَها.

(ولو قال: إن كُنْتِ تُحِبِّينَ أن يُعَذِّبَكِ اللهُ بنارِ جَهنَّم فأنتِ طالِقٌ وعبدِي حُرٌّ، فقالت: أُحِبُّ، طَلَقَتْ ولم يُعتَقِ العبدُ) لما ذكرنا، ولا يُتيقَّنُ كذبُها لأنها قد تُؤثِرُ العذابَ على صحبتِه لبُغضها إياه، ولو قال لها: إن كنتِ تحبيني بقَلبك فأنتِ طالقٌ، فقالت: أحبكَ، وهي كاذبةٌ، طَلَقَتْ. وقال محمد: لا تطلُقُ، لأن المحبةَ إذا عُلِّقت بالقلب يرادُ بها حقيقة الحُبِّ، ولم يوجد. ولهما: أن المحبةَ فعلُ القلب، فيلغو ذكرُ

ولو قال: إن وَلَدْتِ غُلاماً فأنتِ طالقٌ واحدةً، وإن ولَدْتِ جارِيَةً فَثِنتَينِ فَولَدتْهُما ولا يُدْرَى أيُّهما أوَّلاً، طَلَقَتْ واحدةً، وفي التَّنَزُّهِ ثِنتَينِ. ولو قال لها: إن جامَعتُكِ فأنتِ طالِقٌ ثلاثاً، فأولَجَهُ ولَبِثَ ساعةً فلا شيءَ عليه، وإن نَزَعَه ثُمَّ أولَجَه فعَلَيهِ مهرٌ، ولو كانَ الطَّلاقُ رَجعِياً تَحصُلُ المُراجَعةُ بالإيلاجِ الثَّاني.

القلب، فصار كما إذا أطلَقَ، ولو أطلَقَ تعلَّق بالإخبار عن المحبةِ، كذا هٰذا.

قال: (**ولو قال: إن وَلَدْتِ غُلاماً، فأنتِ طالقٌ واحدةً، وإن ولَدْتِ جارِيَةً فَثِنتَينِ، فَولَدتْهُما ولا يُدْرَى أيُّهما أوَّلاً، طَلَقَتْ واحدةً، وفي التَّنَزُّهِ ثِنتَينِ**) لأن الواحدةَ متيقنةٌ، وفي الثانية شكٌّ، فلا يقع في القضاء، والأحوطُ أن يأخذ بوقوع الثنتين، وانقضتِ العدّةُ بيقين، لأن الطلاق وقع بالولد الأوّلِ، وانقضت العدَّةُ بالثاني.

قال: (**ولو قال لها: إن جامَعتُكِ فأنتِ طالِقٌ ثلاثاً، فأولَجَهُ ولَبِثَ ساعةً، فلا شيءَ عليه، وإن نَزَعَه ثُمَّ أولَجَه فعَلَيهِ مهرٌ، ولو كانَ الطَّلاقُ رَجعِياً تَحصُلُ المُراجَعةُ بالإيلاجِ الثَّاني**) وعن أبي يوسف: أنه يجبُ المهرُ باللباث في الثلاث، ويصيرُ مراجعاً به في الواحدةِ لوجود الجِماع بالدَّوام عليه، إلا أنه لا يجبُ الحدُّ للاتحاد. ولهما: أن الجماع إدخالُ الفَرْج، ولا دوامَ للإدخال. أما إذا أخرجَ ثم أدخلَ فقد وُجدَ الإدخالُ بعد الطلاق، ولم يجب الحدُّ لشُبهةِ الاتحاد من حيثُ المجلسُ والمقصود، وإذا لم يجب الحدُّ يجب العُقْرُ، لأن الوطءَ لا يخلو عن أحدِهما.

فصل

ولو قال لها: أنتِ طالِقٌ إن شاءَ اللهُ، أو إن لم يشأ الله، أو ما شاءَ اللهُ، أو ما لم يَشأ اللهُ، أو إلاَّ أن يَشاءَ اللهُ، لا يَقَعُ شَيءٌ إن وَصَلَ. . . . .

فصل

(ولو قال لها: أنتِ طالِقٌ إن شاءَ اللهُ، أو إن لم يشأ الله، أو ما شاءَ اللهُ، أو ما لم يَشأ اللهُ، أو إلاَّ أن يَشاءَ اللهُ، لا يَقَعُ شَيءٌ إن وَصَلَ) والأصلُ فيه قوله عليه السلام: «من حَلَفَ بطلاقٍ أو عتاقٍ وقال: إن شاء الله متصلاً به، لا حِنْث عليه»[1] ولأنه تعليقٌ بشرطٍ لا يُعلَم وجودُه، فلا يقعُ بالشكّ، إذ المعلَّق بالشرط عدمُ قَبْلِه، وكذا إذا علَّقه بمشيئةِ من لا تُعلَمُ مشيئتُه من الخَلْق، كالملائكة والجِنِّ والشيطان.

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٨٩ وقال: قال مخرجو أحاديث الهداية: لم نجده. وقال الزيلعي ٣/ ٢٣٤: غريب بهٰذا اللفظ.

قلنا: وأخرج أبو داود (٣٢٦١) و(٣٢٦٢)، وابن ماجه (٢١٠٥) و(٢١٠٦)، والترمذي (١٥٣١)، والنسائي ٧/ ١٢ و٢٥، وهو في «المسند» (٤٥١٠)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٣٩) و(٤٣٤٠) و(٤٣٤٢) من حديث ابن عمر مرفوعاً ولفظه: «من حلف على يمين، فقال: إن شاء الله، فقد استثنى، فلا حنث عليه». وهو حديث صحيح.

وقد سلف ص١٣٨ حديث: «ما خلق الله تعالى أحب إليه من العتاق». وفي آخره: «فإذا قال الرجل لمملوكه: أنت حر إن شاء الله فهو حر، ولا استثناء له، وإذا قال لامرأته: أنت طالق إن شاء الله، فله استثناؤه ولا طلاق فيه». وإسناده ضعيف. وانظر تمام تخريجه هناك.

وأخرجه ابن عدي في «الكامل» ١/ ٣٣٢.

ولو قالَ: أنتِ طالِقٌ ثلاثاً إلاَّ واحدةً طَلَقَتْ ثِنتَينِ، ولو قالَ: إلاَّ ثِنتَينِ طَلَقَتْ واحدةً. ....

ويصحُّ الاستثناءُ موصولاً لا مفصولاً لما روينا، ولأنه إذا سَكَتَ ثبت حكمُ الأوّل، فيكونُ الاستثناء أو التعليقُ بعدَه رجوعاً عنه، فلا يُقبَلُ، ولو سَكَتَ قَدْرَ ما تنفَّسَ أو عَطَسَ أو تجشَّأ أو كان بلسانِه ثِقَلٌ فطال تردُّدُه، ثم قال: إن شاء الله، صحَّ الاستثناء، وإن تنفَّس باختيارِه بَطَلَ، ولو حرّك لسانَه بالاستثناء صحَّ عند الكَرْخي وإن لم يكن مسموعاً. وقال الهندواني: لا يصحُّ ما لم يكن مسموعاً. ولو قال: أنتِ طالقٌ، فجرى على لسانِه إن شاء الله من غير قصدٍ، لا يقعُ، كما لو قال: أنتِ طالقٌ فجرى على لسانِه: أو غيرُ طالق. ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله، أو ثلاثاً وواحدةً إن شاء الله، بطل الاستثناء، وقالا: هو صحيح، وكذا لو قال لعبدِه: أنت حرٌّ وحرٌّ إن شاء الله، لأن الكلام واحدٌ، وإنما يتمُّ بآخرِه وأنه متصلٌ، ولأبي حنيفة: أنه استثناءٌ منقطع، لأن قوله: وثلاثاً، أو وواحدةً أو وحرٌّ لغوٌ لا فائدةَ فيه، فكان قاطعاً. ولو قال: أنتِ طالق واحدةً وثلاثاً إن شاء الله صحَّ بالإجماع، وكذلك أنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ إن شاء الله، لأنه لم يتخلل بينهما كلامٌ لغوٌ.

(**ولو قالَ: أنتِ طالِقٌ ثلاثاً إلاَّ واحدةً طَلَقَتْ ثِنتَينِ، ولو قالَ: إلاَّ ثِنتَينِ طَلَقَتْ واحدةً**) وأصلُه أن الاستثناء تكلُّمٌ بالباقي بعد الثُّنْيا، لأنه بيانٌ أنه أراد بما تكلمَ ما وراءَ المستثنى.

ولا يَصِحُّ استِثناءُ الكُلِّ من الكُلّ، فلو قال: أنتِ طالِقٌ ثلاثاً إلاَّ ثلاثاً وَقَعَ الثَّلاثُ وبطل الاستثناء، ولو قال: أنتِ طالِقٌ ثلاثاً وثلاثاً إلاَّ أربعاً وقع ثلاث، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلاَّ واحدةً وواحدةً وواحدةً بَطَلَ الاستِثناءُ، ولو قال: أنتِ طالِقٌ عَشْرَةً إلاَّ تِسعَةً، وقَعَتْ واحدةٌ، ولو قال: إلاَّ ثَمانِيةً فَثِنتانِ.

(**ولا يَصِحُّ استِثناءُ الكُلِّ من الكُلّ، فلو قال: أنتِ طالِقٌ ثلاثاً إلاَّ ثلاثاً، وَقَعَ الثَّلاثُ وبطل الاستثناء، ولو قال: أنتِ طالِقٌ ثلاثاً وثلاثاً إلاَّ أربعاً، وقع ثلاث**) عند أبي حنيفة، وعلى قياس قولهما تقع واحدةٌ بناءً على ما تقدم.

(**ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلاَّ واحدةً وواحدةً وواحدةً، بَطَلَ الاستِثناءُ**) لأنه استثنى الكلَّ.

(**ولو قال: أنتِ طالِقٌ عَشْرَةً إلاَّ تِسعَةً، وقَعَتْ واحدةٌ، ولو قال: إلاَّ ثَمانِيةً فَثِنتانِ**) وأصله أنه إذا أوقَعَ أكثرَ من الثلاث ثم استثنى والكلامُ كلُّه صحيح، فالاستثناءُ عاملٌ في جملةِ الكلام ولا يكون مستثنىً من جملةِ الثلاث التي صحَّ وقوعُها، فيقع الاستثناء من جملةِ الكلام، ويقع ما بقي إن كان ثلاثاً أو أقلَّ، لأن الاستثناء يتبع اللفظَ ولا يتبع الحكمَ، والجملةُ تلفَّظَ بها جملةً واحدةً فيدخل الاستثناءُ عليها، فيسقط ما تضمَّنه الاستثناء، وتقعُ بقيةُ الجملة إن كان مما يصحُّ وقوعه. ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدةً، وقعت واحدةٌ لأنه يجعل كلَّ استثناء مما يليه، فإذا استُثنيتِ الواحدةُ من الثلاثة بقيت ثنتان، وإذا استُثنيتا من الثلاث بقيت واحدةٌ، كأنه قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا اثنتين،

فصل

ومَنْ أَبانَ امرأتَه في مَرَضِه ثُمَّ مات، وَرِثَتْه إن كانت في العِدَّةِ، وإن انقَضَتْ عِدَّتُها لم تَرِثْ. . . . .

فإن قال: أنتِ طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدةً، تقعُ واحدةٌ، لأنه استثنى الواحدةَ من الثنتين، فتبقى واحدةٌ فيستثنيها من الثلاث، يبقى ثنتان يستثنيهما[1] من الثلاث تبقى واحدةٌ، وكذا لو قال: عشرةً إلا تسعةً إلا ثمانيةً إلا سبعةً، استثنى السبعةَ من الثمانيةِ تبقى واحدة، ثم استثنى الواحدةَ من التسعةِ تبقى ثمانيةٌ، ثم استثنى الثمانيةَ من العشرةِ تبقى ثنتان، وعلى هٰذا جميعُ هٰذا النوع، وتقريبُه: أن تعقِدَ العددَ الأوّلَ بيمينك، والثاني بيسارِك، والثالث بيمينك والرابعَ بيسارك، ثم أسقِطْ ما اجتمع في يسارك مما اجتمع بيمينِك، فما بقي فهو الموقع.

فصل

(ومَنْ أَبانَ امرأتَه في مَرَضِه ثُمَّ مات، وَرِثَتْه إن كانت في العِدَّةِ، وإن انقَضَتْ عِدَّتُها لم تَرِثْ) وأصلُه أن الزوجيَّة في مرضِ الموت سببٌ يُفضِي إلى الإرثِ غالباً، فإبطالُه يكون ضرراً بصاحبه، فوجب ردُّه دفعاً لهٰذا الضرر في حقِّ الإرث ما دامت العدَّةُ، كما في الطلاق الرجعيِّ وتعذُّر إبقاءِ الزوجيةِ بعد انقضاء العدة، لأنه لم يبقَ له أثرٌ ولا حكمٌ.

---

(١) في (س): يستثنيها، والمثبت من (م).

وإن أبانَها بأمرِها، أو جاءتِ الفُرْقَةُ من جِهتِها في مَرَضِه لم تَرِثْ كالمُخَيَّرةِ وَالمُخَيَّرةِ بسببِ الجَبِّ والعُنَّةِ وخيارِ[1] البُلُوغِ والعِتْق. ولو فعَلَتْ ما ذَكَرْنا من الخِياراتِ وهي مَرِيضَةٌ وَرِثَها إذا ماتَتْ وهي في العِدَّةِ.

ومَرَضُ المَوتِ: هو المرضُ الذي أضْناهُ وأعجَزَه عن القِيامِ بِحوائجِه، فأمَّا مَن يَجِيءُ ويَذهبُ بحوائجِه ويُحَمُّ فلا.

قال (وإن أبانَها بأمرِها، أو جاءتِ الفُرْقَةُ من جِهتِها في مَرَضِه لم تَرِثْ كالمُخَيَّرةِ وَالمُخَيَّرةِ بسببِ الجَبِّ والعُنَّةِ وخيارِ[1] البُلُوغِ والعِتْق) لأنا إنما اعتبرنا قيامَ الزوجيةِ مع المُبطِل نظراً لها، فإذا رضِيَتْ بالمبطِلِ لم تبقَ مستحقةً للنظر، فعَمِلَ المبطلُ وهو الطلاقُ عمَلَه.

(ولو فعَلَتْ ما ذَكَرْنا من الخِياراتِ وهي مَرِيضَةٌ وَرِثَها إذا ماتَتْ وهي في العِدَّةِ) لأنها ممنوعةٌ من إبطال حقِّه، فبَقَّينا النكاحَ في حقِّ الإرث دفعاً للضررِ عنه إلا في الجَبِّ والعُنَّةِ، فإنه لا يرثُها لأنه طلاقٌ، وهو مضاف إلى الزوج.

(ومَرَضُ المَوتِ: هو المرضُ الذي أضْناهُ وأعجَزَه عن القِيامِ بِحوائجِه، فأمَّا مَن يَجِيءُ ويَذهبُ بحوائجِه ويُحَمُّ فلا) وقيل: إن أمكنَه القيامُ بحوائجِه في البيت وعَجَز عنها خارج البيت فهو مريض. وعن أبي حنيفة: إذا كان مُضناً لا يقوم إلا بشدةٍ، وتتعذر عليه الصلاةُ جالساً فهو مريض. والمحصورُ والواقفُ في صفِّ القتال والمحبوسُ للرَّجمِ

---

(١) لفظة: «خيار» أثبتناها من هامش (س) وحدها، وأشير إليها بعلامة الصحة، ولم ترد في (م).

ولو عَلَّقَ طلاقَ امرأتِه بِفِعلِه وفَعَلَه في المَرَضِ وَرِثَتْ، وإن علَّقهُ بفِعْلِ أجنَبِيٍّ أو بمجِيءَ الوقْتِ في المرَضِ، مثلْ قوله: إذا جاءَ رأسُ الشَّهرِ فأنتِ طالِقٌ، أو إن دَخَلَ فُلانٌ الدَّارَ أو صَلَّى الظُّهْرَ فأنتِ طالِقٌ، فإن كان التَّعليقُ والشَّرطُ في المرضِ وَرِثَتْ، . . . .

والقِصاصِ وراكبُ السفينةِ والنازلُ في مَسْبَعَةٍ يخاف الهلاكَ كالصحيح، لأن الغالبَ فيه السلامةُ. ومَن قُدِّمَ للقِصاص والرَّجمِ، أو بارَزَ رجلاً، أو انكسرت السفينةُ وبقي على لوحٍ، أو وَقَعَ في فمِ سَبُعٍ كالمريض، وكذٰلك المرأةُ إذا ضَرَبَها الطَّلْقُ. أما المُقْعَدُ والمَفلوجُ ومن في معناه كالصحيح.

وإذا كان أحدُ الزوجين ممن لا يرثُ الآخرَ كالعبدِ والمكاتَبِ مع الحُرَّةِ، والحرّةِ الكتابيةِ مع المسلمِ، فطلَّقها ثلاثاً في مرضِه، ثم صار في حالٍ يتوارثان لو لم يقعِ الطلاقُ، لا ترثُه، لأنه لم يتعلَّق حقُّها بمالِه حالةَ الطلاق، فلم يكن فارّاً، فلا يُتَّهَمُ.

(**ولو عَلَّقَ طلاقَ امرأتِه بِفِعلِه وفَعَلَه في المَرَضِ وَرِثَتْ**) سواء كان التعليقُ في الصحَّةِ أو في المَرض، لأنه قَصَدَ إضرارَهَا حيث باشَرَ شرطَ الحِنْثِ في المرض، وسواءٌ كان له بُدٌّ من الفعل أو لم يكن، أما إذا كان فظاهرٌ، وأما إذا لم يكن فلأن له بُدّاً من التعليق، فكان مضافاً إليه.

(**وإن علَّقهُ بفِعْلِ أجنَبِيٍّ أو بمجِيءَ الوقْتِ في المرَضِ، مثلْ قوله: إذا جاءَ رأسُ الشَّهرِ فأنتِ طالِقٌ، أو إن دَخَلَ فُلانٌ الدَّارَ أو صَلَّى الظُّهْرَ فأنتِ طالِقٌ، فإن كان التَّعليقُ والشَّرطُ في المرضِ وَرِثَتْ**) لأنه قَصَدَ إضرارَها بمباشرةِ التعليق في المرض حالَ تعلُّق حقِّها بمالِه

وإن كان التَّعلِيقُ في الصِّحَّةِ والشَّرطُ في المرضِ لم تَرِثْ (ز). وإن علَّقه بفِعلِها ولها منه بُدٌّ لم تَرِثْ على كُلِّ حالٍ، وإن لم يكن لها منه بُدٌّ كالصَّلاةِ وكلامِ الأقارِبِ وأكلِ الطَّعامِ واستِيفاءِ الدَّينِ وَرِثَتْ (م).

(**وإن كان التَّعلِيقُ في الصِّحَّةِ والشَّرطُ في المرضِ لم تَرِثْ**) خلافاً لزُفر، لأن المعلَّق بالشرط ينزلُ عند الشرط، فصار كالمُنجَزِ في المرض. ولنا أنه إنما يصيرُ تطليقاً عند الشرطِ حُكماً لا قَصْداً، ولا ظُلْمَ إلا عند القصد.

(**إن علَّقه بفِعلِها ولها منه بُدٌّ لم تَرِثْ على كُلِّ حالٍ**) لأنها راضيةٌ.

(**وإن لم يكن لها منه بُدٌّ كالصَّلاةِ وكلامِ الأقارِبِ وأكلِ الطَّعامِ واستِيفاءِ الدَّينِ وَرِثَتْ**) وقال محمد: إذا كان التعليقُ في الصحةِ لا ترثُ، لأنه لا صُنْعَ له في إبطال الشرطِ، فلم يقصِد إبطالَ حقها. ولهما: أنها مضطرَّةٌ إلى المباشَرَةِ في هٰذه الأشياء لما يتعلَّقُ بتركها من العِقاب في الآخرةِ والضررِ في الدنيا، والزوجُ هو الذي ألجأَها إلى المباشرةِ، فينتقل فعلُها إليه، وتصير كالآلةِ له، كما قلنا في الإكراه، وإنما يكون مرضُ الموت إذا مات منه، أما لو بَرَأ ثم مات انقَطَع حكمُ المرض الأوّل.

فصل في طلاق المجهولة

أصلُه أنَّ إضافةَ الطلاق إلى مجهولةٍ ليس إلا تعليقَ الطلاق في المُعيَّنةِ بالبيان، لأنه لا يقعُ على مجهولةٍ، وإنما يقع على المعينةِ، وإنما ينزلُ بالبيان مقصوراً عليه، فكان للبيان حكمُ الإنشاء في حقِّ

. . . .

المعيَّنةِ، والإنشاءُ لا يُملَكُ إلا بمِلْكِ المَحَلِّ. لو قال لامرأتيه: إحداكما طالقٌ، طَلَقَتْ واحدةٌ منهما بغير عينِها إذا لم يكن له نيّةٌ في معيَّنةٍ منهما، لقوله عليه السلام: «كلُّ طلاقٍ جائزٌ»[1] الحديث، ولأن الجهالة مع الحظر أُجْرَيا مَجرىً واحداً، ألا ترى أنهما يَمنعان البيعَ، ثم الطلاقُ يصحُّ مع الحظر فكذا مع الجهالة، ولأن البيع مع ضعفِه يصحُّ مع هٰذا الضرب من الجهالة، حتى جاز بيعُ قفيزٍ من صُبْرةٍ، فلأن يصحَّ الطلاقُ معه أولى، وللنساء أن يخاصِمْنَه ويَستعدين عليه إلى القاضي حتى يبينَ إذا كان الطلاقُ ثلاثاً أو بائناً، لأن لكلِّ واحدةٍ منهنَّ حقاً في استيفاءِ منافع النكاح وأحكامِه، أو التوصُّلِ إلى التزوُّجِ بزوجٍ آخرَ، وكان على الزوج البيانُ، والقولُ قولُه، لأنه المُجمِلُ، كمن أقرَّ بشيءٍ غيرِ معيَّنٍ، ويُجبرُه القاضي أن يوقِعَ الطلاق على معيَّنةٍ لتحصُلَ الفائدةُ، وعليها العدَّةُ من حينِ بيَّنَ لما تقدَّم، فإن لم يبيِّن حتى ماتت إحداهما طَلُقَت الباقيةُ، لأنه لم يبقَ مَن يستحق الطلاقَ غيرها. وإن قال: أردتُ الميِّتةَ لم يرثها وطَلُقَتِ الباقيةُ[2]، فيُصدَّق في الميتةِ على نفسِه في إسقاط إرثِه، ولا يُصدَّق على الباقيةِ في صَرْف الطلاق عنها.

فإن ماتتا واحدة بعدَ الأخرى، فقال: أردتُ الأولى لم يرث منهما، لأنه سَقَطَ من الثانية بطريق الحُكْم ومن الأولى باعترافِه، ولو

---

(١) سلف تخريجه ص١٣٧.

(٢) في (س): الثانية، والمثبت من (م).

. . . .

ماتتا معاً وَرِثَ من كلٍّ واحدةٍ منهما نصفَ ميراث، فإن قال: أردتُ إحداهما سَقَطَ حقُّه من ميراثها، ويرثُ من الأخرى نصفَ ميراثها لأنه لا يصدَّقُ في زيادةِ الاستحقاق. ولو جامع إحداهما تعيَّنت الأخرى للطلاق، لأن الجِماع دليلٌ على تعيين الأخرى للطلاق لاستحالةِ أن يطأ المطلَّقةَ، وكذٰلك لو قبَّلها أو حلف بطلاقِها أو ظاهَرَ منها، لأنه هٰذه الأحكام من خواصِّ الزوجيَّة، فصارت كالجماع.

ولو طلَّق إحداهما بعينها وعنى به البيانَ صُدِّق، وإن لم ينو به البيانَ تعينتِ الأخرى للطلاق الأوّل. وعن محمد: لو كان الطلاق واحدةً رجعيةً لم يكن وَطْءُ إحداهما بياناً للأخرى. ولو مات الزوجُ قبل البيان فالميراثُ بينهما الربعُ أو الثمنُ، لأن إحداهما زوجةٌ قطعاً، وليست إحداهما أَولى من الأخرى.

ولو طلق إحدى نسائِه الأربع ثلاثاً، ثم اشتبهت وأنكرت كلُّ واحدةٍ أن تكون هي المطلَّقةُ لا يقرَبُ واحدةً منهنَّ، لأنه حرُمَتْ عليه إحداهنَّ، ويجوز أن تكون كلَّ واحدة. وقد قال أصحابنا: كلُّ ما لا يُباح عند الضرورةِ لا يجوز التحرِّي فيه، والفُروج من هٰذا الباب، ولهٰذا قالوا: إذا اختلطت الميتةُ بالمذبوحةِ إنه يتحرَّى، لأن الميتةَ تُباح عند الضرورة. وإن استعدَينَ عليه إلى الحاكم في النفقةِ والجِماع أعدَى عليه وحَبَسَه حتى يبيِّن التي طلَّق منهنَّ، ويلزمُه نفقتُهنَّ لأنّ لكلِّ واحدة منهنَّ حقَّ المطالبة بأحكام النكاح، فكان على الحاكم إلزامُه

إيفاءً للحقِّ، ويقضي عليه بنفقتهنَّ لأنها تجبُ للمعتدَّةِ وللزوجة. وينبغي أن يطلِّق كلَّ واحدةٍ طلقةً واحدةً، فإذا تزوَّجنَ بغيره جاز له التزوّجُ بهنَّ، فإن لم يتزوّجنَ فالأصل أن لا يتزوَّجَ بواحدةٍ، ولو تزوّج بالثلاثِ صحَّ نكاحهنَّ وتعينت الرابعةُ للطلاق. وكذا قالوا في الوطء، لا يقربُهنَّ احتياطاً، فإن قَرُبَ الثلاثَ تعيَّنت الرابعةُ للطلاق. وليس له أن يتزوّجَ بالكُلّ قبل أن يتزوَّجْنَ بزوج آخرَ، فإن تزوّجت واحدةٌ منهنَّ بزوجٍ ودَخَلَ بها ثم تزوّج الكلُّ، ذكر في «الجامع» أنه يجوز نكاحُ الكُلِّ، لأن الظاهر من حال المتزوّجةِ أنها هي المطلَّقةُ ثلاثاً حيث أقدَمَتْ على النكاح للتحليل. ولو ادَّعت كلُّ واحدة أنها المطلقةُ ثلاثاً يُحلَّف الزوجُ، فإن نَكَلَ وقع على كلِّ واحدةٍ الثلاثُ، لأنه بالنُّكول صار باذلاً أو مُقِرّاً لها بالثلاث، وإن حَلَفَ لهنَّ فالحُكم كما قلنا قبل اليمين. وعن محمد: إذا حَلَفَ لإحدى المرأتين طَلَقَت الأخرى، وإن لم يحلِفْ للأولى طَلَقَتْ، وإن تشاحّا على اليمين حلَّفْتُه لهما بالله ما طلّق واحدةً منهما، فإن حَلَفَ فالأمرُ على ما كان، وإن نَكَلَ طَلَقَتا على ما بينا، فإن وَطِئَ إحداهما فالتي لم يطأْها مطلَّقةٌ حَمْلاً لأمره على الصلاح أنه لم يطأْ حراماً.

باب الرَّجْعة

وهي مصدر رَجَعَه يَرجِعُه رَجْعاً ورَجْعَةً: إذا أعاده ورَدَّه، يقال: رَجَعْتُ الأمرَ إلى أوائِله: إذا رددْتَه إلى ابتدائِه. قال:

عســى الأيــامُ أن يَـرْجِعْـ ـنَ قوماً كالذي كانوا[1]

وفي الشرع رَدُّ الزوجة إلى زوجيته[2]، وإعادتُها إلى الحالةِ التي كانت عليها.

قال: (**الطَّلاقُ الرَّجْعيُّ لا يُحَرّمُ الوَطْءَ**) وهو أن يطلّق الحرّةَ واحدةً أو ثنتين بصريحِ الطلاق من غير عِوَضٍ، والدليلُ عليه قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، والبَعْلُ هنا: الزوج ولا زوجَ إلا بقيام الزوجيَّةِ، وقيامُ الزوجية يوجبُ حِلَّ الوطءِ أو دواعيه[3] بالنصِّ والإجماع، ولأن الله تعالى أثبَتَ للزوج حقَّ الردِّ من غير رضاها، والإنسانُ إنما يملك ردَّ المنكوحةِ إلى الحالةِ التي كانت عليها قبل الطلاق، فلا يكونُ النكاحُ زائداً ما دامت العدَّةُ، فيحلُّ الوطءُ.

قال: (**وللزَّوج مُراجَعتُها في العِدَّةِ بغير رِضاها**) لما تلونا، ولا خلاف فيه، ولأن قوله تعالى: ﴿فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي: في العدّة، لأنها مذكورةٌ قبلَه، ولقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾

---

(١) البيت لشاعر جاهلي قديم، اسمه: شَهْلُ بن شيبان الزِّمَاني، من قصيدة أدرجها أبو تمام في حماسته مطلعها:

صَفَحنــا عــن بنــي ذُهْــلٍ وقلنـــا القـــومُ إخـــوانُ

انظر «شرح ديوان الحماسة» ١/ ٣٢.

(٢) في (م): زوجها، والمثبت من (س).

(٣) قوله: «أو دواعيه» أثبتناه من هامش (م)، وأشير إليها هناك بعلامة الصحة، ولم ترد هٰذه اللفظة في (س).

وتَثْبُتُ الرجعةُ بقوله: راجعتُكِ، ورَجَعتُكِ، وردَدْتُكِ، وأمسكتُكِ، وبِكُلّ فِعلٍ تَثبُتُ به حُرمَةُ المُصاهَرةِ من الجانِبَينِ، ....

[البقرة: ٢٣١، الطلاق: ٢] والمراد: الرجعةُ، لأنه ذكرَه بعد الطلاق، ثم قال: ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢]، ولقوله عليه السلام لعمرَ رضي الله عنه: «مُرِ ابْنَكَ فَلْيراجِعْها»[1].

قال: (وتَثْبُتُ الرجعةُ بقوله: راجعتُكِ، ورَجَعتُكِ، وردَدْتُكِ، وأمسكتُكِ) لأنه صريحٌ فيه.

قال: (وبِكُلّ فِعلٍ تَثبُتُ به حُرمَةُ المُصاهَرةِ من الجانِبَينِ) لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١، الطلاق: ٢]، والإمساكُ بالفعل أقوى منه بالقَول، ولأن الرجعةَ استدامةُ النكاح واستيفاؤه، وهٰذه الأفعال تدلُّ على ذٰلك، وليست الرجعةُ بابتداءِ نكاحٍ على ما زَعَمَه بعضهم، لأنا أجمعنا على أنه يملكُها من غير رِضاها، ولا يشترط فيها الإيجابُ والقَبول، ولا يجبُ فيها مهرٌ ولا عِوَضٌ، لأن العِوَضَ إنما يجبُ عِوَضاً عن ملكِ البُضْعِ، والبُضْعُ في ملكِه، ولو كان نكاحاً مبتدأً لوجب.

والخَلْوةُ ليست برجعةٍ، لأنه لم يوجد ما يدلُّ على الرجعة لا قولاً ولا فعلاً.

ولا يصحُّ تعليق الرجعةِ بالشرط، لأنه استدراكٌ، فلا يصحُّ بالتعليق، كإسقاط الخِيار.

---

(١) سلف تخريجه في ص١٤٠.

ويُستَحَبُّ أن يُشهِدَ على الرَّجعةِ. فإنْ قال لها بعد العِدَّةِ: كُنتُ راجَعتُكِ في العِدَّةِ فصَدَّقَتْه صَحَّتِ الرَّجعةُ، وإن كذَّبتْه لم تَصِحَّ ولا يَمينَ عليها (سم)،

ولو قال لها: أنتِ عندي كما كنتِ، أو أنتِ امرأتي، ونوى الرجعةَ صحَّ، وإلا فلا. ويستحبُّ أن يُعلِمَها بالرجعةِ لتتخلَّص من قيد العِدَّة، وإن لم يعلِمْها جاز.

وليس له أن يسافر بها حتى يُشهِدَ على رجعتِها، لأنه لا يجوزُ للمعتدَّةِ الخروجُ من منزلها، فإذا راجَعَها لم تبقَ معتدةً، فيجوز لها الخروجُ، وإليه الإشارةُ بقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١].

قال: (**ويُستَحَبُّ أن يُشهِدَ على الرَّجعةِ**) لأن النصوص الدالةَ على الرجعة خاليةٌ عن قيدِ الشهادة، ولمَا تقدّم أنها استدامةٌ للنكاح، والشهادةُ ليست بشرطِ حالةَ الاستدامة، وإنما استحببناه تحرُّزاً عن التجاحُد، وهو مَحْمَلُ قوله تعالى عَقِيب ذكرِ الرجعةِ والطلاق: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]. وهٰكذا هو محمولٌ في الطلاق أيضاً توفيقاً بينه وبين النصوص الدالة على جواز الرجعةِ ووقوعِ الطلاقِ الخاليةِ عن قَيد الإشهاد.

(**فإنْ قال لها بعد العِدَّةِ: كُنتُ راجَعتُكِ في العِدَّةِ فصَدَّقَتْه صَحَّتِ الرَّجعةُ، وإن كذَّبتْه لم تَصِحَّ**) لأنه متَّهمٌ في ذٰلك، وقد كذَّبتْه، فلا يثبتُ إلا ببينةٍ، فإذا صدَّقته ارتفعت التهمةُ. (**ولا يَمينَ عليها**) عند أبي حنيفةَ، وهي مسألةُ الاستحلاف في الأشياءِ الستَّةِ، وقد سبقت في الدَّعوى بتوفيق الله تعالى.

وإن قال: راجعْتُكِ، فقالت مُجِيبةً له: انقضَتْ عِدَّتِي، فلا رَجعةَ (سم)، وإذا قال زَوجُ الأمَةِ: راجَعتُها في العدَّةِ وصَدَّقه المولى (سم)، وكذَّبَتْه أو بالعكسِ، فلا رَجعَةَ، . . . .

(وإن قال: راجعْتُكِ، فقالت مُجِيبةً له: انقضَتْ عِدَّتِي، فلا رَجعةَ) وقالا: تصحُّ الرجعةُ، لأن الرجعةَ لا تتوقفُ على قَبولها، فلما قال: راجعتُك، صحَّتِ الرجعةُ، لأن الظاهرَ بقاءُ العدّةِ، ولهٰذا لو قال: طلَّقتُك، فقالت: قد انقضت عدَّتي، وقع الطلاقُ، فصار كما إذا سكتَتْ ساعةً ثم قالت. ولأبي حنيفةَ: أنها لما أخبرت بانقضاءِ عدَّتها فالظاهرُ تقدُّم انقطاع الدمِ على ذٰلك، لأنها أخبرت بلفظِ الماضي، والظاهرُ أنها صادقةٌ، وأقربُ أوقات الماضي وقتُ قولِه، ومسألةُ الطلاق على الخلاف، ولئن سَلَّمت فنقول: الطلاقُ يقعُ بناءً على إقراره، ولو أقرَّ بعدَ انقضاء العدّةِ حُكِم به، بخلاف ما إذا سَكَتَتْ ساعةً لأنه تثبتُ الرجعةُ بسكوتِها، فلا يُقبَلُ قولُها بعد ذٰلك.

قال: (وإذا قال زَوجُ الأمَةِ: راجَعتُها في العدَّةِ، وصَدَّقَه المولى وكذَّبَتْه، أو بالعكسِ فلا رَجعَةَ) وقالا: إذا صدَّقه المولى صحَّت الرجعةُ، لأنه أقرَّ له بما هو خالصُ حقِّه، فصار كما إذا أقرَّ عليها بالنكاح. ولأبي حنيفة: أن القولَ قولُها في العدّةِ، والرجعةُ تَنْبني عليها. وأما إذا كذَّبه المولى وصدَّقَتْه فعن أبي حنيفةَ روايتان، والفرقُ على إحدى الروايتين أن العدّةَ منقضيةٌ في الحال، وصار ملكُ المتعةِ للمولى، فلا تملكُ إبطالَه.

وإذا انقَطَعَ الدَّمُ في الحَيضَةِ الثَّالثةِ لِعَشرةِ أيَّامٍ انقَطَعَتِ الرَّجعةُ وإن لم تَغتَسِل، وإنِ انقَطَعَ لأقلَّ من عشْرَةِ أيَّامٍ لم تنقطعْ حتَّى تغتَسِل أو يَمْضِيَ عليها وقتُ صلاةٍ أو تتيَمَّمَ وتُصَلِّي (م ز)، وفي الكِتابيَّةِ تَنقَطِعُ الرَّجعَةُ بمُجَرَّدِ انقِطاعِ الدَّم، . . . .

قال: (وإذا انقَطَعَ الدَّمُ في الحَيضَةِ الثَّالثةِ لِعَشرةِ أيَّامٍ انقَطَعَتِ الرَّجعةُ وإن لم تَغتَسِل) لأنها خرجت من الحيضةِ الثالثةِ، فقد انقضتِ العدّةُ.

(وإنِ انقَطَعَ لأقلَّ من عشْرَةِ أيَّامٍ لم تنقطعْ حتَّى تغتَسِلَ، أو يَمْضِيَ عليها وقتُ صلاةٍ، أو تتيَمَّمَ وتُصَلِّيَ) لاحتمال عَودِ الدمِ، فلا بدَّ من دخولها في حُكم الطاهرات، وذٰلك بالغُسل أو بمُضيِّ وقتِ صلاةٍ، لأنها تصيرُ مخاطَبَةً بها، وهو من أحكام الطاهرات، وكذا إذا تيمَّمتْ وصلَّت، والقياسُ أن تنقطعَ بمجرّدِ التيمُّم، وهو قول محمدٍ وزفر، لأن التيمُّمَ كالغُسل عند عدم الماء. وجه الاستحسان: أن التيممَ إنما اعتُبر طهارةً ضرورةً لئلا تتضاعف عليه الواجباتُ، أما إنه مطهِّرٌ في نفسِه فلا، بل هو ملوِّثٌ، وهٰذه الضرورةُ تتحقَّقُ إذا أدت الصلاةَ لا قبلَ ذٰلك، ولا كذٰلك الغُسلُ، ولو تيممتْ وقرأت القرآنَ أو مسَّتِ المُصحف أو دخلت المسجدَ، قال الكَرْخيُّ: انقطعت الرجعةُ، لأنها من أحكام الطاهرات. وقال أبو بكرٍ الرازي: لا، لأنها ليست من أحكام الصلاةِ. ولو اغتسلتْ بسُؤرِ الحِمار انقطعت، ولا تحلُّ للأزواج أخذاً بالاحتياط.

(وفي الكِتابيَّةِ تَنقَطِعُ الرَّجعَةُ بمُجَرَّدِ انقِطاعِ الدَّم) لأنه لا غُسل عليها، فصارت كالمسلِمةِ إذا اغتسلت.

فإن اغتَسَلَتْ ونَسِيَتْ شيئاً من بَدَنها، فإن كان أقلَّ من عضوٍ انقَطَعَتِ الرَّجعةُ، ولا تَحِلُّ لِلأزواجِ، وإن كانَ عُضْواً لم تَنقَطِع. ومَن طَلَّقَ امرأتَه وهي حامِلٌ وقال: لم أُجامِعْها، فله الرَّجعَةُ، وإن قال ذٰلكَ بعدَ الخَلْوَةِ الصَّحِيحةِ فلا رَجْعَةَ له. . . . .

(فإن اغتَسَلَتْ ونَسِيَتْ شيئاً من بَدَنها، فإن كان أقلَّ من عضوٍ انقَطَعَتِ الرَّجعةُ، ولا تَحِلُّ لِلأزواجِ) لأنه قليلٌ يتسارع إليه الجفافُ، فلم نتيقَّن بعدمِ غَسلِه، فقلنا بانقطاع الرجعةِ وعدم حِلِّ التزوُّجِ أخذاً بالاحتياط. (وإن كانَ عُضْواً لم تَنقَطِع) لأنه كثيرٌ لا يتسارع إليه الجفافُ، فافترقا. والمضمضةُ والاستنشاقُ كالعضو عند أبي يوسفَ، لأن الحَدَث باقٍ في عضو. وعند محمد: لا، لوقوع الاختلافِ في فرضيَّتِهما، فينقطعُ حقُّ الرجعة، ولا تحلُّ للأزواج احتياطاً.

قال: (ومَن طَلَّقَ امرأتَه وهي حامِلٌ وقال: لم أُجامِعْها، فله الرَّجعَةُ) وكذا إذا وَلَدَتْ منه، لأن الحَبَلَ والولادةَ في وقتٍ يمكنُ جعلُه منه يُجعَلُ منه، قال عليه السلام: «الولدُ للفِراش»[1]، وإذا كان منه كان واطئاً، والطلاقُ بعدَ الوطءِ يُعقِبُ الرجعةَ.

(وإن قال ذٰلكَ بعدَ الخَلْوَةِ الصَّحِيحةِ فلا رَجْعَةَ له) لأن الرجعةَ إنما تثبتُ عَقِيبَ الطلاق في ملكٍ متأكدٍ بالوطء، وقد أقرَّ بعدَم الوطءِ،

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري (٦٨١٨)، ومسلم (١٤٥٨)، وهو في «المسند» (٧٢٦٢).

وفي الباب عن غير واحد من الصحابة في «الصحيحين» وغيرهما، ذكرناها في «المسند» عند حديث أبي هريرة.

وإذا قال لها: إذا وَلَدْتِ فأنتِ طالِقٌ، فوَلَدَتْ ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ من بَطْنٍ أُخرى فهو رجْعَةٌ.

والمُطَلَّقةُ الرَّجعِيَّةُ تتشَوَّفُ وتتزَيَّنُ، ويُستَحَبُّ لزوجِها أن لا يَدخُلَ عليها حتى يُؤْذِنَها. وله أن يتزَوَّجَ مُطَلَّقَته المُبانَةَ بدونِ الثَّلاثِ في العِدَّةِ وبعدَها،

فيثبتُ فيما له، والرجعةُ حقُّه، بخلاف المهرِ لأن وجوبَه بناءً على تسليم المبدَلِ لا على قبضِه.

قال: (وإذا قال لها: إذا وَلَدْتِ فأنتِ طالِقٌ، فوَلَدَتْ ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ من بَطْنٍ أُخرى فهو رجْعَةٌ) لأن الطلاق وقع بالولدِ الأوّل، والولدُ الآخرُ يكون من علوقٍ آخر منه في العدّةِ حملاً لحالِهما على الصلاح، فيصيرُ مراجِعاً بالوطء، لأنها لم تُقِرَّ بانقضاء عدَّتِها.

قال: (والمُطَلَّقةُ الرَّجعِيَّةُ[1] تتشَوَّفُ[2] وتتزَيَّنُ) لقيام النكاحِ بينها وبين الزوجِ على ما بينا، والرجعةُ مستحبَّة[3]، والزينةُ حاملةٌ عليها، فتجوز.

(ويُستَحَبُّ لزوجِها أن لا يَدخُلَ عليها حتى يُؤْذِنَها) إذا لم يكن قصدُه الرجعةَ، لاحتمال أن يقع نظرُه عليها وهي متجرّدةٌ، فتحصلُ الرجعةُ ثم يطلقُها فتطولُ عليها العدّةُ.

قال: (وله أن يتزَوَّجَ مُطَلَّقَته المُبانَةَ بدونِ الثَّلاثِ في العِدَّةِ وبعدَها)

---

(١) «الرجعية» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).

(٢) تصحفت في (س) إلى: تتشوق.

(٣) في (س)، مستحقة، والمثبت من (م).

والمُبانَةُ بالثَّلاث لا تَحِلُّ له حتى تَنكِحَ زَوجاً غيرَه نِكاحاً صحيحاً، ويَدخُلَ بها ثُمَّ تَبينَ منه. . . . .

لأن حِلَّ المحليَّةِ باقٍ، إذ زوالُه بالثالثةِ ولم توجد، وإنما لا يجوزُ لغيرِه في العدَّةِ تحرُّزاً عن اشتباه الأنساب، وهو معدومٌ في حقِّه.

(والمُبانَةُ بالثَّلاثِ لا تَحِلُّ له حتى تَنكِحَ زَوجاً غيرَه نِكاحاً صحيحاً ويَدخُلَ بها ثُمَّ تَبينَ منه) لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ يعني الثالثةَ ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، والنكاح المُطْلَقُ في الشرع ينصرفُ إلى الصحيح، حتى لو دخلَ بها في نكاحٍ فاسدٍ لا تحلُّ للأوّل، وقوله: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ﴾ يقتضي الدخولَ لما ذكرنا أن النكاحَ الشرعيَّ هو الوطءُ، ولقوله: زوجاً، ونكاح الزوجِ لا يكونُ إلا بالوَطءِ، ويدلُّ عليه الحديثُ المشهور، وهو ما روي في الصحيح: أن عائشةَ بنت عبد الرحمٰن بن عَتِيك القُرَظي كانت تحتَ ابن عمِّها رِفاعةَ ابن وهبٍ، فطلَّقها ثلاثاً، فجاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسولَ الله، إني كنتُ تحتَ رِفاعةَ، فطلَّقني فَبَتَّ طلاقي، فتزوّجتُ عبدَ الرحمٰن بنَ الزبير، وإنما معه مثلُ هُدْبَةِ الثوب، فتبسم ﷺ وقال: «أتُريدين أن ترجِعي إلى رفاعةَ؟ لا، حتى يذوقَ عُسَيلَتَكِ وتذوقي عُسَيلَتَه»[1] وسواءٌ دخلَ بها في حيضٍ أو نِفاسٍ أو إحرامٍ لحصول الدخول.

---

(١) أخرجه من حديث عائشة البخاري (٥٢٦٠)، ومسلم (١٤٣٣)، وهو في «المسند» (٢٤٠٥٨).

وانظر حديث ابن عمر في «المسند» (٤٧٧٦) بلفظ: سئل النبي ﷺ عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً، فيتزوجها آخر، فيغلق الباب، ويُرخي السِّتر، ثم =

ولا تَحِلُّ لِلأوَّلِ بِمِلكِ اليمينِ ولا بوَطْءِ المَولى. والشَّرطُ هو الإيلاجُ دُونَ الإنزال، وأن يكونَ المُحَلِّلُ يُجامِعُ مِثلُه، فإن تَزَوَّجها بشَرط التَّحليل كُرِهَ (س) وحَلَّتْ للأوَّل (سم)، ....

(ولا تَحِلُّ لِلأوَّلِ بِمِلكِ اليمينِ ولا بوَطْءِ المَولى) لأن الشرطَ نكاحُ زوجٍ غيرِه ولم يوجد.

(والشَّرطُ هو الإيلاجُ دُونَ الإنزال) لحصول نكاحِ زوجٍ غيرِه، والحديث وَرَدَ على غالبِ الحال، فإن الغالبَ في الجِماع الإنزالُ، أو نقول: الكتاب عَرِيٌّ عن ذِكر الإنزال فلا يُزادُ عليه.

قال: (وأن يكونَ المُحَلِّلُ يُجامَع مِثلُه) سواءٌ كان مراهِقاً أو بالغاً لوجود الشرطِ وهو الإيلاجُ، ولا يجوز صغيرٌ لا يقدِرُ على الإيلاج لعدم الوطءِ المرادِ من النكاح.

قال: (فإن تَزَوَّجها بشَرط التَّحليل كُرِهَ وحَلَّتْ للأوَّل) وقال أبو يوسف: النكاحُ فاسدٌ لأنه كالمؤقَّت، ولا تحلُّ للأوّلِ لفسادِه. وقال محمد: هو جائزٌ لشروط الجواز، ولا تحلُّ للأوّل، لأنه عجَّلَ ما أخَّره الشرعُ، فيعاقَبُ بالمنع، كقتل المورِّث. ولأبي حنيفة قولُه عليه السلام: «لَعَنَ اللهُ المحلِّل والمحلَّلَ له»[1]، ومرادُه النكاحُ بشرطِ

= يطلقها قبل أن يدخل بها، هل تحل للأول؟ قال: «لا، حتى يذوق العسيلة». وانظر تتمة شواهده فيه.

(١) أخرجه من حديث علي أبو داود (٢٠٧٦) و(٢٠٧٧)، وابن ماجه (١٩٣٥)، والترمذي (١١١٩)، والنسائي ٨/ ١٤٧، وهو في «المسند» (٦٣٥). وهو حديث حسن لغيره. =

والزَّوجُ الثَّاني يَهدِمُ ما دونَ الثَّلاث (م ز). ولو طلَّقَها ثلاثاً وقالتْ: قد انقَضَتْ عدَّتي وتحلَّلْتُ وانقضَتْ عدَّتي، والمُدَّةُ تَحتَمِلُه، وغَلَبَ على ظَنِّه صِدْقُها جازَ له أن يتَزَوَّجها.

التحليل، فيُكرَه للحديث، وتحلُّ للثاني لأنه عليه السلام سمّاه محلِّلاً وهو المُثبتُ للحِلّ، أو نقول: وُجدَ الدخولُ في نكاحٍ صحيح، لأن النكاحَ لا يفسُدُ بالشرط فتحلُّ للأوّل، ولو تزوَّجها بقصدِ التحليل ولم يشرُطْه حلَّت بالإجماع.

والطلقتان في الأَمَة كالثلاث في الحُرَّة لما مرَّ.

قال: (**والزَّوجُ الثَّاني يَهدِمُ ما دونَ الثَّلاث**) وصورتُه: إذا طلَّقَ امرأتَه طلقةً أو طلقتين، وانقضت عدَّتُها وتزوجت بزوجٍ آخرَ ودخلَ بها، ثم طلَّقها وانقضت عدَّتُها، ثم تزوجها الأوّلُ عادت إليه بثلاثِ طلقاتٍ، وهَدَم الزوجُ الثاني الطلقةَ والطلقتين كما هَدَمَ الثلاث. وقال محمد وزفر: تعود إلى الأوّل بما بقي من الثلاثِ في النكاح الأوّل، لأن الزوجَ الثاني إنما يُثبتُ الحِلَّ إذا انتهى، والحِلُّ لم ينتهِ لأنها تحلُّ له بالعقدِ قبلَه، فلا يكون مثبتاً لها، ولنا أنه وطءٌ من زوجٍ ثانٍ، فرَفَعَ الحكمَ المتعلِّق بالطلاق كما في الثلاث.

قال: (**ولو طلَّقَها ثلاثاً وقالتْ: قد انقَضَتْ عدَّتي وتحلَّلْتُ وانقضَتْ عدَّتي، والمُدَّةُ تَحتَمِلُه، وغَلَبَ على ظَنِّه صِدْقُها جازَ له أن يتَزَوَّجها**) لأنه

= وله شاهد من حديث ابن مسعود أخرجه أحمد في «مسنده» (٤٢٨٣) و(٤٢٨٤)، والترمذي (١١٢٠)، و النسائي ٦/ ١٤٩. وإسناده صحيح.

....

إن كان أمراً دينياً فقولُ الواحد فيه مقبولٌ، كرواية الأخبار، والإخبارِ عن القِبْلة وطهارةِ الماء، وإن كان معاملةً فقولُ الواحد مقبولٌ في المعاملات على ما عُرف، وتمامُه يعرَفُ في باب العِدَّة إن شاء الله تعالى.

باب الإيلاء

وهو في اللغة: مطلقَ اليمين، قال:

قليـلُ الألايـا حـافِـظٌ ليمينِـه　　　وإن بَدَرَتْ منه الأليَّةُ برَّتِ[1]

وفي الشرع: اليمينُ على تركِ وطءِ المنكوحةِ مدّةً مخصوصةً. وقيل: الحَلِفُ على ترك الوطءِ المكسِبِ للطلاق عند مضيٍّ أربعةِ أشهرٍ. فالاسمُ الشرعيُّ فيه معنى اللغة.

وألفاظه: صريحٌ وكنايةٌ، فالصريحُ لا يحتاج إلى نيةٍ، مثل قوله: لا أقربُكِ، لا أجامعُكِ، لا أطؤُكِ، لا أغتسلُ منكِ من جَنَابةٍ، لا أفتضُّكِ إن كانت بكراً.

والكناية: لا أمسُّكِ، لا آتيكِ، لا أدخلُ بكِ، لا أغشاكِ، لا يَجمعُ رأسي ورأسَكِ شيءٌ، لا أبيتُ معكِ على فراشٍ، لا أضاجعُكِ، لا أقربُ فِراشَكِ، ونحوُه، ولا بدَّ فيه من النيَّة.

---

(١) البيت من الطويل، لكثير عزة، وهو في ديوانه ص٥٨، من قصيدة يرثي فيها عبد العزيز بن مروان. وفيه: «فإن سبقتْ» بدلاً من «وإن بَدَرَتْ».

إذا قال: واللهِ لا أقرَبُكِ، أو لا أقرَبُكِ أربعَةَ أَشهُرٍ، فهو مُؤْلٍ، وكذلك لو حَلَفَ بِحَجٍّ أو صومٍ أو صَدَقةٍ أو عِتْقٍ أو طلاقٍ، . . . .

وقال محمد: إذا قال: واللهِ لا يَمَسُّ جلدي جلدَك، لا يكون مُؤْلياً لأنه يقدِرُ على جِماعها بغير مماسَّةٍ، بأن يَلُفَّ على ذَكَرِه حريرةً، ولأنه يحنثُ بغير الجماع. والمُؤلي من يقفُ حِنثُه على الجِماع خاصةً.

والأصل أن المُؤلي مَن لا يمكنُه قِربانُ امرأتِه إلا بشيءٍ يلزمُه، لأن حرمةَ الوطءِ إنما تنتهي بالحِنْثِ، والحِنثُ موجِبٌ للكفارة أو بشيءٍ يلزمُه، ولا يكون الإيلاءُ إلا بالحَلِفِ على تركِ الجِماع في الفَرْج، لأن حقَّها في الجِماع في الفَرْج، فيتحققُ الظلمُ.

قال: (**إذا قال: واللهِ لا أقرَبُكِ، أو لا أقرَبُكِ أربعَةَ أَشهُرٍ، فهو مُؤْلٍ**) والأصل فيه قولُه تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ الآية [البقرة: ٢٢٦]، فتكون مدّةُ الإيلاء أربعةَ أشهرٍ من غير زيادةٍ ولا نقصانٍ، إذ لو كانت المدّةُ أقلَّ من ذٰلك أو أكثرَ لم يكن في التنصيص على الأربعةِ فائدةٌ.

قال: (**وكذلك لو حَلَفَ بِحَجٍّ أو صومٍ أو صَدَقةٍ أو عِتْقٍ أو طلاقٍ**) مثل أن يقول: إن قَرِبْتُك فللّٰه عليَّ صومُ كذا، أو يجعلَ الجزاءَ صدقةً، أو عِتْقَ عبدٍ، أو طلاقَها أو طلاقَ غيرِها، لأن اليمين موجودةٌ في ذٰلك كلِّه، لأن اليمين بغير الله تعالى شرطٌ وجزاءٌ، لأن المقصود منها الحملُ أو المنعُ، وهٰذه الأشياء توجِبُ ذٰلك لما تتضمَّنُه من المَشقَّةِ، ولأنه لا يمكنُه قِرْبانُها إلا بشيءٍ يلزمُه، وإذا وُجدتِ اليمين فقد وُجدتِ الإيلاء، فدخل تحتَ النصِّ.

فإن قَرُبَها في الأربعةِ الأشهُرِ حَنثَ، وعليه الكفَّارةُ، وبَطَلَ الإيلاءُ، وإن لم يَقرَبْها ومَضَتْ أَربعةُ أشهُرٍ بانَتْ بتطليقةٍ، . . . .

ولو قال: إن قَرِبْتُكِ فعليَّ أن أصلي ركعتين أو أغزوَ، لم يكن مُؤلِياً. وقال محمد: هو مؤلٍ لأنه يصحُّ إيجابُها بالنذرِ كالصومِ والصدقةِ. ولهما: أن الصلاة ليست في حُكم اليمينِ، حتى لا يُحلَفُ بها عادةً، وصار كصلاة الجَنازةِ وسجدةِ التلاوة.

(**فإن قَرُبَها في الأربعةِ الأشهُر حَنِثَ**) لوجود شرطِه، (**وعليه الكفَّارةُ**) لأن الحِنْثَ موجبٌ للكفارة، (**وبَطَلَ الإيلاءُ**) لما بينا أن اليمين تنحلُّ بالحِنْثِ.

(**وإن لم يَقرَبْها ومَضَتْ أَربعةُ أشهُرٍ بانَتْ بتطليقةٍ**) هٰذا مذهبُ عامةِ الصحابة[1] وتفسيرُ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، أي: عزموا الطلاقَ بالإيلاء السابقِ، وهي قراءة ابن مسعودٍ، وعنه وعن ابن عباس: عزمُ الطلاقِ: انقضاءُ الأربعةِ الأشهرِ من غير فيءٍ[2]. وقراءةُ ابن مسعود: «فإن فاءوا فيهنّ»[3] أي: في الأربعةِ الأشهر،

---

(١) انظر «مصنف عبد الرزاق» ٦/ ٤٥٣ وما بعدها، وابن أبي شيبة ٥/ ١٢٨ وما بعدها. و«سنن البيهقي» ٧/ ٣٧٨ و٣٧٩ و٣٨٠.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١١٦٤١) و(١١٦٤٢)، وابن أبي شيبة ٥/ ١٢٨ و١٢٨-١٢٩، والطبري في «تفسيره» ٢/ ٤٢٩، وسعيد بن منصور في «سننه» (١٨٩٣)، والبيهقي ٧/ ٣٧٩.

(٣) وهي قراءة شاذة، انظر «البحر المحيط» لأبي حيان ٢/ ١٨٢، وقراءة الجمهور ﴿فَإِن فَآءُو﴾ دون قوله «فيهن»، والضمير في «فيهن» إلى الأشهر.

فإن كانت اليمينُ أربعةَ أشهُرٍ فقد انحلَّتْ، وإن كانت مُؤَبَّدةً فإن عاد فتزَوَّجها عاد الإيلاءُ على الوجهِ الذي بينًا، فإن وَطِئَها في الأربعةِ الأشهُرِ من وقتِ التَّزوُّجِ حَنِثَ وإلاَّ وقَعَتْ أُخرى، فإن عادَ فتزوَّجَها فكذلك، فإن تزوَّجَها بعدَ زوجٍ آخرَ فلا إيلاءَ، . . . .

ولأنه تعالى قال: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ﴾ ثم قال: ﴿فَإِن فَآءُو﴾ ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟﴾ [البقرة: ٢٢٧] وهٰذه الفاء للتقسيم، فأحدُ القِسمين يكون في المدَّةِ وهو الفيءُ، والآخرُ بعدَها وهو الطلاقُ، كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ ثم قال: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣١]، لمَّا ذَكر المدّةَ وجاء بالفاء كان للتقسيم، وكان الإمساكُ وهو الرجعةُ في المدّةِ، والتسريحُ وهو البينونةُ بعدَها، فكذٰلك هنا.

قال: (**فإن كانت اليمينُ أربعةَ أشهُرٍ فقد انحَلَّتْ**) لانقضاء المدّة (**وإن كانت مُؤَبَّدةً فإن عاد فتَزَوَّجها عاد الإيلاءُ على الوجهِ الذي بينًا**) لبقاءِ اليمين، لأن اليمينَ لا تنتهي إلا بالحِنْثِ أو بمُضيِّ المدّةِ المؤقتةِ، وإنما لم يقع طلاقٌ آخرُ قبل التزوُّج، لأن الحُرمةَ مضافةٌ إلى البينونة لا إلى الإيلاء، فلم يوجد المنعُ باليمين، فإذا تزوَّجها ارتفعت الحُرمةُ الثابتةُ بالبينونة، وبقيت حرمةُ الإيلاء، فوجد منعُ الحقِّ، فترتَّب عليه حكمُه.

(**فإن وَطِئَها في الأربعةِ الأشهُرِ من وقتِ التَّزوُّجِ حَنِثَ، وإلاَّ وقَعَتْ أُخرى**) لما بينا، (**فإن عادَ فتزوَّجَها فكذلك**) لما مرّ.

(**فإن تزوَّجَها بعدَ زوجٍ آخرَ فلا إيلاءَ**) معناه: أنه لا يقعُ الطلاقُ

فإن وَطِئَ كَفَّرَ للحِنْثِ.

وأقلُّ مُدَّةِ الإيلاءِ في الحُرَّةِ أربعةُ أشهُرٍ، ومُدَّةُ إيلاءِ الأمَةِ شَهرانِ. وإن آلى من المُطَلَّقةِ الرَّجعيَّةِ فهو مُؤْلٍ، ومن البائنةِ لا، . . . .

بمُضيِّ المدةِ لانتهاء ما كان يملكُه من الطلاق في النكاح الأول، وفيه خلافُ زفر وقد تقدم، إلا أن اليمين باقيةٌ لعدم الحِنْث.

(**فإن وَطِئَ كَفَّرَ للحِنْثِ**).

قال: (**وأقلُّ مُدَّةِ الإيلاءِ في الحُرَّةِ أربعةُ أشهُرٍ**) فلو آلى أقلَّ من أربعة أشهرٍ لا يكون مُؤْلياً، لقول ابن عباس: لا إيلاءَ فيما دونَ أربعة أشهرٍ[1]، ولما مرّ.

(**ومُدَّةُ إيلاءِ الأمَةِ شَهرانِ**) لما عُرف أن الرِّقَّ مُنَصِّفٌ، وأنها مدةٌ ضُربت للبينونةِ، فتتنصَّفُ كالعِدَّة، والآية تناولت الحرائرَ دون الإماء، لأن اسم النساءِ والزوجاتِ عند الإطلاق ينصرفُ إلى الحرائرِ دون الإماءِ، لأن معنى الأزواج في الإماء ناقصٌ، لأن للمولى أن يستخدمَها ولا يبوِّئها بيتَ الزوج، والاسمُ عند الإطلاق ينصرفُ إلى الكامل، فإن أُعتِقَت في مدَّةِ الإيلاء تصيرُ أربعةَ أشهرٍ كما في العدَّة.

قال: (**وإن آلى من المُطَلَّقةِ الرَّجعيَّةِ فهو مُؤْلٍ، ومن البائنةِ لا**) لقيام الزوجيةِ وحِلِّ الوطءِ في الأولى على ما بينا دون الثانية، فكانت الأولى من نسائهم دونَ الثانية.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١٨٨٤)، وابن أبي شيبة ٥/ ١٣٦، والبيهقي ٧/ ٣٨١. وعزاه الحافظ ابن حجر في «الدراية» ٢/ ٧٤ إلى ابن أبي شيبة وقال: إسناده صحيح.

. . . .

ولو حَلَفَ لا يقربُ زوجتَه وأمتَه، أو زوجتَه وأجنبيةً لا يصيرُ مُؤْلياً ما لم يقربِ الأجنبيةَ أو أَمَتَه، فإذا قرُبها صار مؤلياً، لأنه لا يمكنُه قِربانُها بعد ذٰلك إلا بالكفارة. ولو قال لهما: لا أقربُ إحداكما، لا يكون مُؤْلياً، كما إذا قال لزوجتِه وأمتِه: إحداكما طالقٌ، فإن قربَ إحداهما لزمتْه الكفارةُ للحِنْث. ولو قال لهما: لا أقربُ واحدةً منكما، كان مؤلياً من امرأتِه، لأن النكرةَ في النفي تعمُّ، ولو قربَ واحدةً منهما حَنِثَ.

ولو قال: أنت عليَّ مثلُ امرأةِ فلان، وقد كان فلانٌ آلى من امرأتِه، فإن نوى الإيلاءَ كان مُؤْلياً، وإلا فلا. ولو قال: أنتِ كالميتةِ، ونوى اليمينَ، يكون مُؤْلياً، لأنه بمنزلة الكناية.

ولو آلى من امرأتِه ثم قال لأخرى: أشركتُكِ في إيلاء هٰذه، لا يصير مُؤْلياً، بخلاف الطلاق والظهار، لأنه لو اشتركا في الإيلاءِ يتغيَّر حُكم الإيلاء وهو لزومُ الكفارة بِقِربان الأولى وحدَها. وإذا صحَّ الاشتراك لا تجبُ الكفارةُ ما لم يقربْهُما، ولا يمكن تغييرُ اليمين بعدَ انعقادِها، ولا كذٰلك الطلاقُ والظهارُ. وعن الكَرْخي: لو قال لامرأته: أنتِ عليَّ حرام، ثم قال لأخرى: أشركتُك معها، كان مُؤْلياً منهما، لأن إثباتَ الشركةِ هنا لا يغيرُ موجَبِ اليمين، وهو إثبات الحُرمة، فإنه لو قال: أنتما عليَّ حرامٌ كان مُؤْليا من كلٍّ واحدةٍ منهما على حِدَةٍ، ويلزمُه بوَطْءِ كلٍّ واحدةٍ كفارةٌ، بخلاف قوله: والله لا أقربُكُما، لأنه إيلاءٌ لما يلزمه من هتكِ حُرمةِ الاسم، وذٰلك لا يتحققُ إلا بقِربانِهما.

وإن قال: لا أقرَبُكِ شَهرَين بعدَ شَهرَينِ فهو مُؤْلٍ، ولو قال: لا أقرَبُك سَنةً إلاَّ يوماً فليس بمُؤْلٍ (ز).

وإذا آلى العبدُ من امرأتِه فمَلَكتْه، لا يبقى الإيلاءُ، فلو باعتْه أو أعتَقَتْه ثم تزوَّجها عاد الإيلاءُ، كما إذا حَلَفَ بعِتقِ عبدِه إن وطِئَها، فباعه ثم استردَّه عاد الإيلاءُ.

ولو قال: إن قربتُك فكلُّ مملوكٍ أملكُه في المستقبل حرٌّ، فهو مُؤْلٍ. وقال أبو يوسف: لا يكونُ مُؤْلياً لأنه يمكنُه قِربانُها من غير شيءٍ يلزمُه، بأن يقربَها ولا يتملكُ مملوكاً أصلاً. ولهما: أنه لا يقدِرُ على الامتناع عن جميع أسباب التمليكاتِ كالإرثِ، إذ[1] في الامتناع عن الجميع مشقةٌ وضرر به، وعلى هٰذا لو قال: فكلُّ امرأة أتزوّجُها فهي طالقٌ، وعلى هٰذا إذا علَّق وطأها بعِتقِ عبدٍ بعينه، لأبي يوسف: أنه يقدِرُ على وطئِها بغيرِ شيءٍ يلزمُه، بأن يبيعَه ثم يطأَها. ولهما: أنه لا يتوصل إلى ذٰلك إلا بالحِنْثِ غالباً، أو بالبيع، وأنه مشقةٌ أيضاً.

(**وإن قال: لا أقرَبُكِ شَهرَين بعدَ شَهرَينِ فهو مُؤْلٍ**) لأن الجمع بحرفِ الجمع كالجمع بلفظ الجمع، ولو سَكَتَ ساعةً ثم قال: وشهرين بعدَ الشهرين الأوَّلين لا يكون مُؤْلياً، لأن ابتداءَ اليمين الثانيةِ حين حَلَفَ، فقد تخلَّل بين الأربعةِ الأشهر وقتٌ ليس مؤلياً فيه، فلم توجد مدَّةُ الإيلاء.

قال: (**ولو قال: لا أقرَبُك سَنةً إلاَّ يوماً فليس بمُؤْلٍ**) خلافاً لزفر، هو يصرِفُ اليومَ إلى آخرِ السنة كالإجارة، فصار كما إذا تلفَّظَ به. ولنا

---

(١) تحرف في (س) إلى: أو.

فصل

وإذا كان أَحَدُ الزوجَينِ مريضاً لا يَقدِرُ على الجِماعِ، أو هو مَجبُوبٌ، أو هي رَتْقاءُ أو صَغِيرَةٌ، أو بَينَهما مَسِيرَةُ أربعَةِ أشهُرٍ، أو مَحبُوساً لا يَقْدِرُ عليها، فقال في مُدَّةِ الإيلاءِ: فِئْتُ إليها، سَقَطَ الإيلاءُ إن استَمَرَّ العُذْرُ من وَقْتِ الحَلِفِ إلى آخِرِ المدَّةِ، . . . .

أنه يمكنُه قُربانُها من غير شيءٍ يلزمُه، وذلك في اليوم المُستثنى، وهو يومٌ منكّرٌ، له أن يجعلَه أيَّ يوم شاء، فإن قرِبَها وقد بقي من السنة أربعةُ أشهرٍ صار مُؤْلياً لسقوط الاستثناء، بخلاف الإجازة لأنه يُصرَفُ إلى آخر السنةِ تصحيحاً لها، لأنها لا تصحُّ مع التنكير.

فصل

(**وإذا كان أَحَدُ الزوجَينِ مريضاً لا يَقدِرُ على الجِماعِ، أو هو مَجبُوبٌ، أو هي رَتْقاءُ أو صَغِيرَةٌ، أو بَينَهما مَسِيرَةُ أربَعَةِ أشهُرٍ، أو مَحبُوساً لا يَقْدِرُ عليها، فقال في مُدَّةِ الإيلاءِ: فِئْتُ إليها، سَقَطَ الإيلاءُ إن استَمَرَّ العُذْرُ من وَقْتِ الحَلِفِ إلى آخِرِ المدَّةِ**) روي ذلك عن ابن مسعود[1].

اعلم أن الفيءَ عبارةٌ عن الرُّجوع، يقال: فاءَ الظِّلُّ: إذا رَجَع، ولما قَصَدَ المُؤْلي باليمين منعَ حقِّها من الوَطْءِ سُمِّي الرجوعُ عنه فيئاً،

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٥/ ١٣٩ عن يزيد بن هارون، عن محمد بن سالم، عن الشعبي، عن علي وابن مسعود وابن عباس قالوا: الفيء الجماع.

فإذا قَدَرَ على الجِماعِ بعدَ ذٰلك في المُدَّةِ لَزِمَه الفَيءُ بالجِماع.

قال الله تعالى: ﴿فَآءُو﴾ [البقرة: ٢٢٦]، أي: رجعوا عن قصدِهم. والفيءُ نوعان: بالجماعِ، والقولِ عند عدمِه، فالفيءُ بالجِماع يُبطلُ الإيلاءَ في حقِّ الطلاق والحِنْثِ جميعاً، والفَيءُ باللسان بَدَلٌ عن الفيء بالجِماع في إبطالِ الطلاق دونَ الحِنْث، حتى لو قرِبَها بعدَ ذٰلك لزِمَتْه الكفارةُ. والبَدَلُ إنما يُعتَبر حالةَ العَجْز عن الأصل، فيُعتبر العجزُ عن الجِماع مستداماً من وقت الإيلاء إلى تمام المُدَّة، حتى لو قَدَرَ على الجِماع في بعض المدَّةِ ففيؤه الجماعُ لا غير، لأنه لما قَدَرَ عليه ولم يفعلْه فالتقصيرُ جاءَ من قِبَلِه، فلا يُعتبر عاجزاً، روي ذٰلك عن عليٍّ وابن عباس وابنِ مسعودٍ وجماعةٍ من التابعين[1].

وصفةُ الفيء أن يقول: فِئْتُ إليكِ، أو رجعتُ إليك. وروى الحسنُ عن أبي حنيفة أنه يقول: اشهَدوا أني قد فِئْتُ إلى امرأتي وأبطلتُ إيلاءَها، وهٰذه الشهادةُ احتياطاً، احترازاً عن التجاحُدِ لا شرطاً، وهٰذا لأنه أوحَشَها بالكلام بذِكر المَنْعِ، فيُرضيها بالرُّجوع عنه حقيقةً بالوطء، فإذا لم يقدِرْ عليه يُرضيها بغايةِ ما يقدِرُ عليه، وهو الوعدُ باللسان، فيرتفع الظلمُ.

(**فإذا قَدَرَ على الجِماعِ بعدَ ذٰلك في المُدَّةِ لَزِمَه الفَيءُ بالجِماع**) لأنه قَدَرَ على الأصل قبل حُصول المقصودِ بالحَلِفِ. ولو آلى من امرأتِه

---

(١) سلف تخريجه ص٢١٣.

وإن قال لامرأتِهِ: أنتِ عَليَّ حرامٌ، فإن أرادَ الكَذِبَ صُدِّقَ، وإن أرادَ الطَّلاقَ فواحِدَةٌ بائِنةٌ، وإن نَوَى الثَّلاثَ فثلاثٌ، وإن أرادَ الظِّهارَ فظِهارٌ (م)، وإن أرادَ التَّحريمَ أو لم يُرِدْ شيئاً فهو إيلاءٌ.

وبينهما أقلُّ من أربعةِ أشهرٍ، إلا أنـه يمنعُه السلطانُ أو العدوُّ، أو كان أحدُهما مُحرِماً واستمرَّ الإحرامُ أربعةَ أشهر، لا يصحُّ فَيؤُه إلا بالجِماع لأنه قادرٌ عليه. وقال زفر: في الإحرام فيؤُه القول، لأن المنعَ من جهةِ الشرع وهو الحرمةُ، فكان عذراً. قلنا: الحرمةُ حقُّ الشرع، والوطءُ حقُّها، وحقُّ العبدِ مقدَّمٌ على حقِّ الشرعِ بأمرِه.

قال: (**وإن قال لامرأتِهِ: أنتِ عَليَّ حرامٌ، فإن أرادَ الكَذِبَ صُدِّقَ**) لأنه حقيقةُ كلامِه، وقيل: لا يُصدَّقُ لأنه يمينٌ ظاهراً.

(**وإن أرادَ الطَّلاقَ فواحِدَةٌ بائِنةٌ**) لأنه من الكنايات.

(**وإن نَوَى الثَّلاثَ فثلاثٌ**) وقد مرَّ.

(**وإن أرادَ الظِّهارَ فظِهارٌ**) لأن في الظهار نوعَ حرمةٍ، وقد نواه بالمُطْلَق، فيُصدَّقُ لأنه من باب المجاز. وقال محمد: لا يكون ظِهاراً لعدم التشبيه بالمُحرَّمة.

(**وإن أرادَ التَّحريمَ أو لم يُرِدْ شيئاً فهو إيلاءٌ**) لأن تحريم الحلالِ يمينٌ، هٰذا هو الأصل، وموضعُه كتاب الأيمان، والمتأخِّرون من أصحابنا صَرَفوا لفظةَ التحريم إلى الطلاق، حتى قالوا: يقعُ بغيرِ نيَّةٍ، وألحقوه بالصَّريح لكثرةِ الاستعمال فيه والعُرف.

باب الخُلْع

وهو أن تَفتَديَ المرأةُ نَفسَها بِمالٍ ليَخلَعَها به، فإذا فَعَلا لَزِمَها المالُ ووَقَعَتْ تُطليقَةٌ بائنةٌ، . . . .

باب الخُلْع

وهو في اللغة: القَلْعُ والإزالةُ، قال تعالى: ﴿فَٱخْلَعْ نَعْلَيْكَ﴾ [طه: ١٢]، ومنه خَلَعَ القميص: إذا أزالَه عنه، وخَلَعَ الخِلافةَ: إذا تَرَكَها وأزال عنه كُلَفَها وأحكامَها.

وفي الشرع: إزالةُ الزوجيَّة بما تُعطيه من المال. وهو في إزالة الزوجية بضمّ الخاء، وإزالةِ غيرِها بفتحِها، كما اختُصَّ إزالةُ قَيد النكاح بالطلاق، وفي غيره بالإطلاق.

قال: (**وهو أن تَفتَديَ المرأةُ نَفسَها بِمالٍ ليَخلَعَها به، فإذا فَعَلا لَزِمَها المالُ ووَقَعَتْ تُطليقَةٌ بائنةٌ**) والأصل في جوازِه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وإنما تقعُ تطليقةٌ بائنةٌ لقوله عليه السلام: «الخُلْعُ تطليقةٌ بائنةٌ»[1]، ولأنه

---

(١) أخرجه ابن عدي في «الكامل» ٤/ ١٦٤٢، وأبو يعلى في «معجمه» (٢٣٠)، والدارقطني في «سننه» (٤٠٢٥)، والبيهقي في «السنن» ٧/ ٣١٦ من طريق رواد بن الجراح، عن عباد بن كثير، عن أيوب، عن عكرمة، عن ابن عباس، فذكره. وإسناده ضعيف لضعف عباد بن كثير.

والقول بأن الخلع تطليقة بائنة ينتقص بها عدد الطلاق هو قولُ عمر وعثمان وعلي وابن مسعود، وبه قال الحسن والنخعي وعطاء وسعيد بن المسيب وشريح والشعبي ومجاهد ومكحول والزهري، وإليه ذهب مالك وسفيان الثوري والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه. =

. . . .

كنايةٌ، فيقع به بائناً لما مرّ، ولا يحتاجُ إلى نيَّةٍ، إما لدِلالة الحال، أو لأنها ما رَضِيَتْ ببَذْلِ المال إلا لتملِكَ نفسَها وتخرجَ من نكاحِه، وذٰلك بالبينونةِ، وهو مذهب عمر وعثمان وعليٍّ وابنِ مسعود رضي الله عنهم.

والخُلْعُ من جانبه تعليقُ الطلاق بقَبولها، فلا يصحُّ رجوعُه عنه، ولا يبطُلُ بقيامِه من المجلس، ويصحُّ مع غَيبتِها، فإذا بَلَغَها كان لها خيارُ القَبول في مجلس عِلْمِها. ويجوز تعليقُه بالشرطِ والإضافةِ إلى الوقت كقوله: إذا قَدِم فلانٌ، وإذا جاء غدٌ فقد خالعتكِ على ألفٍ، يصحُّ، والقَبول إليها إذا قَدِم فلانٌ أو جاء غدٌ.

والخُلْعُ من جانبها تمليكٌ بعِوَضٍ كالبيع، فيصحُّ رجوعُها قبلَ قَبولِه، ويبطُلُ بقيامِها من المجلسِ، ولا يتوقفُ حالَ غيبتِه، ولا يجوزُ التعليق منها بشرطٍ ولا الإضافةِ إلى وقتٍ. ولو خالعها بألفٍ على أنه بالخِيار ثلاثةَ أيام، فالخيارُ باطل، وإن قال: على أنها بالخِيار فكذٰلك عندهما، لأن الخُلع طلاقٌ ويمينٌ، ولا خيارَ فيهما. وعند أبي حنيفة:

= وذهب جماعة أن الخلع فسخ، وليس بطلاق ولا ينتقص به العدد، وهو قول ابن عمر وابن عباس، وبه قال عكرمة وطاووس، وهو أحد قولي الشافعي، وإليه ذهب أحمد وإسحاق وأبو ثور. وانظر «شرح السنة» ٩/ ١٩٦.

وثمة آثار ذكرها عبد الرزاق أن الخلع تطليقة بائنة، انظر الأرقام (١١٧٤٩) و(١١٧٥٠) و(١١٧٥١) و(١١٧٥٢) و(١١٧٥٣) و(١١٧٥٧) و(١١٧٦٠) و(١١٧٦١).

وانظر الآثار أيضاً عند ابن أبي شيبة ٥/ ١٠٩ و١١٠ و١١١ و١١٢.

ويُكرَهُ أن يأخُذَ منها شيئاً إن كان هو النَّاشِزَ، وإن كانت هي النَّاشِزَةَ كُرِهَ له أن يأخُذَ أكثرَ مِمَّا أعطاها، . . . .

الخيارُ لها صحيحٌ، فإن ردَّته في الثلاثِ بَطَلَ الخُلع، لأن الخُلع طلاقٌ من جانبِه، تمليكٌ من جانبها، فيجوز الخيارُ لها دونَه.

قال: (**ويُكرَهُ أن يأخُذَ منها شيئاً إن كان هو النَّاشِزَ**) قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠]، فحملناه على الكراهيةِ عملاً بالنصِّ الأوّل، وقيل: هو نهيُ توبيخٍ لا تحريم.

(**وإن كانت هي النَّاشِزَةَ كُرِهَ له أن يأخُذَ أكثرَ مِمَّا أعطاها**) لما روي أن جميلةَ بنت عبد الله بن أبيّ ابن[1] سَلول ـ وقيل: حَبيبة بنت سَهْل ـ كانت تحتَ ثابت بن قيس بن شَمّاس، فأتت رسولَ الله ﷺ فقالت: يا رسولَ الله، لا أنا ولا هو، فأرسلَ رسولُ الله إلى ثابت، فقال: قد أعطيتُها حديقةً، فقال لها: «أتردِّين عليه حديقتَه وتملَّكين أمرَكِ؟» فقالت: نعم وزيادة، قال: «وأما الزيادةُ فلا» فقال عليه السلام: «يا ثابتُ، خذ منها ما أعطيتَها ولا تزدَدْ، وخَلِّ سبيلَها»[2]، ففعل وأخذَ

---

(١) لفظة: «ابن» سقطت من الأصلين، وأثبتناها من «الإصابة» ٧/ ٥٦٢.

(٢) أخرجه من حديث ابن عباس البخاري (٥٢٧٣)، وابن ماجه (٢٠٥٦)، والنسائي ٦/ ٩٦٩، والبيهقي ٧/ ٣١٣.

وأخرجه من حديث سهل بن أبي حثمة ابن ماجه (٢٠٥٧)، وأحمد في «مسنده» (١٦٠٩٥). وهو حسن لغيره. وانظر تمام تخريجه فيه.

وإن أخَذَ منها أكثرَ مِمَّا أعطاها حَلَّ له. وكذٰلكَ إن طلَّقَها على مالٍ فقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلاقُ بائِناً، ويلزُمها المالُ بالتزامِها، وما صَلَحَ مَهْراً صَلَحَ بَدَلاً في الخُلْعِ، وإذا بَطَلَ البَدَلُ في الخُلْعِ كان بائناً، وفي الطَّلاقِ يكونُ رَجعِيّاً. . .

الحديقةَ، ونزلَ: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا﴾ إلى قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

(وإن أخَذَ منها أكثرَ مِمَّا أعطاها حَلَّ له) بمطلق الآية.

قال: (وكذٰلكَ إن طلَّقَها على مالٍ فقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلاقُ بائِناً) لما قلنا.

(ويلزُمها المالُ بالتزامِها) ولأنه ما رضي بالطلاقِ إلا ليَسْلَمَ له المالُ المسمَّى، وقد ورد الشرعُ به فيلزمُ.

قال: (وما صَلَحَ مَهْراً صَلَحَ بَدَلاً في الخُلْعِ) لأن البُضْعَ حالَ الدخول متقوَّمٌ دون حال الخروج، فإذا صَلَحَ بَدَلاً للمتقوَّم، لأن يصلُحَ لغيرِ المتقوَّم أولى.

قال: (وإذا بَطَلَ البَدَلُ في الخُلْعِ كان بائناً، وفي الطَّلاقِ يكونُ رَجعِيّاً) وذٰلك مثلُ أن يخالعَها على خمرٍ أو خنزيرٍ أو ميتةٍ ونحوه. أما وقوع الطلاق فلأنه علَّقه بقَبولها، وقد وُجد. وأما البينونة في الخُلع فلأنه كنايةٌ، والرجعيُّ في الطلاق لأنه صريحٌ، ولا يجب للزوج عليها شيءٌ، لأن البُضْعَ لا قيمةَ له عند الخروج وهي فيما سمَّت له مالاً فيغترَّ به، ولأنه لا سبيلَ إلى المسمَّى للإسلام ولا إلى غيرِه لعدم الالتزام، بخلاف النكاح، لأن البُضْع متقوَّمٌ حالةَ الدخول، ومهرُ المِثْل كالمسمَّى شرعاً، وبخلاف ما إذا خالعها على هٰذا الدَّنِّ من الخَلِّ فإذا

وإن قالت: خالِعْني على ما في يَدِي، وليس في يدِها شيءٌ فلا شيءَ عليها.

ولو قالت: على ما في يَدِي من مالٍ، أو على ما في بيتي من متَاعٍ، ولا شيءَ في يدها ولا مَتاعَ في بيتِها رَدَّتْ عليه مَهرَها. . . . .

هو خمرٌ، لأنها سمَّت له مالاً فاغترَّ به، وبخلاف العِتْقِ والكتابةِ على خمرٍ حيث تجبُ قيمةُ العبدِ، لأنه ملكٌ متقوَّمٌ، وما رضي بخروجِه بغيرِ عِوَضٍ، ولا كذٰلك البُضْعُ حالةَ الخروج على ما بينا.

ولو خَلَعها على عبدٍ فإذا هو حرٌّ، رجع بالمهر. وعند أبي يوسف: بقيمتِه لو كان عبداً. ولو خلعها على ثوبٍ ولم يسمِّ جنسَه، أو على دابّةٍ، فله المهرُ، وفي العبدِ الوَسَطُ كما في المهرِ، وكذٰلك على ثوب هَرَويٍّ فطلع مَرَوياً يرجع بهَرَويٍّ وَسَطٍ. ولو خلعها على دراهمَ معينةٍ فإذا هي سُتُّوقَةٌ، رَجَع بالجِياد، ولا يردُّ بَدَلَ الخُلع إلا بعيبٍ فاحشٍ كما في المهر. ولو خلعها بغير مالٍ وقال: لم أنوِ الطلاقَ، صُدِّقَ لأنه كنايةٌ، ولا يُصدَّق إذا كان على مالٍ، لأن البَدَلَ لا يجبُ إلا بالبينونةِ.

(**وإن قالت: خالِعْني على ما في يَدِي، وليس في يدِها شيءٌ فلا شيءَ عليها**) وكذا لو قالت: على ما في بيتي ولا شيءَ في بيتها، لأنها لما لم تُسمِّ المالَ لم تغرَّه.

(**ولو قالت: على ما في يَدِي من مالٍ، أو على ما في بيتي من متَاعٍ، ولا شيءَ في يدها ولا مَتاعَ في بيتِها رَدَّتْ عليه مَهرَها**) والأصل في ذٰلك أنه متى أطمعَتْه في مالٍ متقوَّم فلم يسلم له لفقدِه وعدمِه، رجع عليها بالمَهر، لأنها غرَّتْه حيثُ أطمعتْه في مالٍ، والمغرورُ يَرجع على الغارِّ، فإذا فات المشروطُ المُطمَع فيه زال ملكُه مجّاناً، فيلزمُها أداءُ

ولو خَلَعَ ابنَتَه الصَّغيرةَ على مالها لا يَلزمُها شيءٌ، وفي الكَبيرَةِ يتوقَّفُ على قَبولها، ولو ضَمِنَ المالَ لَزِمَه في المسألَتينِ.

المبدَل وهو ملكُ البُضْع، وقد عَجَزَتْ عن ردِّه، فيلزمُها ردُّ قيمتِه وهو المهرُ.

ولو خالعها بما لَهَا عليه من المهر، ولم يبقَ لها عليه شيءٌ من المهر لزِمَها ردُّ المهر، وإن عَلِمَ الزوجُ أن لا مهرَ لها عليه ولا متاعَ لها في البيت، لا يلزمُها شيءٌ. ولو قالت: على ما في يدِي من دراهمَ، أو من الدراهم، ولا شيءَ في يدِها لزِمَها ثلاثةُ دراهمَ، لأنها سمَّتِ الدراهمَ، وأقلُّ الجمع ثلاثة.

قال: (**ولو خَلَعَ ابنَتَه الصَّغيرةَ على مالها لا يَلزمُها شيءٌ**) لأنه لا نظر لها فيه، إذ البدَلُ متقوّمٌ والمبدلُ لا قيمةَ له على ما بينا.

(**وفي الكَبيرَةِ يتوقَّفُ على قَبولها**) لأنه لا ولايةَ له عليها، فصار كالفُضُولي.

(**ولو ضَمِنَ المالَ لَزِمَه في المسألَتينِ**) لأن شرط بدلِ الخُلْع على الأجنبي جائز، فعلى الأبِ أولى. ولو اختلعت الصغيرةُ نفسَها على صَدَاقها وقع الطلاق، لأنه علَّقه بقَبولها، ولا يسقُطُ الصَّداقُ لأنها ليست من أهل الالتزام لما فيه من الضرر. ولو خَلَعها أبوها على صَدَاقها لا يسقُطُ، ثم إن قَبلت الصغيرةُ الخُلْعَ وقع الطلاقُ، وإن قَبِل الأبُ فيه روايتان: في رواية: لا يقعُ، لأنه كالأجنبي إذا لم يُضِفِ البدلَ إلى نفسِه، ويحتملُ أن الخُلع مضرَّةٌ بها، فلا يقومُ قَبولُه مقامَ قَبولها. وفي رواية: يقع، لأنه نفعٌ محضٌ بالخلاص عن عُهدتِه، فصار كقَبول الهبةِ.

ولو قالت: طَلِّقْنِي ثلاثاً بألفٍ، فطلَّقها واحدةً، فعليها ثُلُثُ الألْفِ، ولو قالت: على ألْفٍ، فطلَّقها واحدةً، لا شيءَ عليها (سم) وهِيَ رَجعِيَّةٌ. ولو قال لها: طَلِّقِي نَفسَكِ ثلاثاً بألْفٍ أو على ألْفٍ، فطلَّقَتْ واحدةً لم يَقَعْ شيءٌ.

ولو ضَمِنَ الأبُ الصداقَ رَجَعَ الزوجُ عليه وإلا فلا، وكذلك الأجنبيُّ لأنه متى ضَمِنَ البدلَ فالخُلع يتمُّ بقَبولِه لا بقَبولها، لأنه يجبُ البدلُ عليه بالتزامِه من ملكِه، ولا يجبُ عليه إلا إذا وقع العقدُ معه.

قال: (**ولو قالت: طَلِّقْنِي ثلاثاً بألْفٍ، فطلَّقها واحدةً، فعليها ثُلُثُ الألْفِ، ولو قالت: على ألْفٍ، فطلَّقها واحدةً، لا شيءَ عليها وهِيَ رَجعِيَّةٌ**) وقالا: هما سواءٌ، لأن «على» كـ«الباء» في المعاوضات، لأن قولَه: احمِل هٰذا بدرهمٍ، وعلى درهمٍ سواءٌ. ولأبي حنيفة: أن حرف الباء للمعاوضةِ، وهو يَصحَبُ الأعواضَ، فينقسمُ العِوَضُ على المعوَّض، وإذا وجبَ المالُ كانت بائنةً، أما «على» فإنها للشرط؛ قال تعالى: ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا﴾ [الممتحنة: ١٢]، أي هٰذا الشرط[1]، وكذا لو قال: أنتِ طالقٌ على أن تدخلي الدارَ كان شرطاً، والمشروطُ لا ينقسمُ على أجزاءِ الشرط، لأن وجوبَ الألْفِ صار معلَّقاً بالتطليقِ ثلاثاً، فلا يلزمُ قبلَه، لأن المعلَّق عُدِمَ قبلَ وجودِ الشرط، وإذا لم يجبِ المالُ فقد طلَّقها بصريحِ الطلاق، وكانت رجعيَّة.

(**ولو قال لها: طَلِّقِي نَفسَكِ ثلاثاً بألْفٍ أو على ألْفٍ، فطلَّقَتْ واحدةً لم يَقَعْ شيءٌ**) لأنه ما رضيَ بالبينونةِ إلا ليسلَمَ له جميعُ الألف،

---

(١) قوله: «أي هٰذا الشرط» لم يرد في (س)، وأثبتناه من (م).

ولو قال لها: أنتِ طالقٌ وعليكِ ألفٌ، فقَبلَتْ طَلَقَتْ ولا شيءَ عليها (سم).
والمُبارأةُ كالخُلْع يُسقِطانِ كُلَّ (سم) حَقٍّ لِكُلّ واحدٍ من الزَّوجَينِ على الآخَرِ مِمَّا يَتعلَّقُ بالنِّكاحِ حتَّى لَوْ كان قبلَ الدَّخُولِ وقَدْ قَبَضَتِ المَهْرَ لا يَرْجِعُ عَلَيْها بشيءٍ ....

بخلافِ المسألة الأولى، لأنها لما رضِيَتْ بالبينونةِ بالألف، فلأن ترضى ببعضِها كان أولى.

(**ولو قال لها: أنتِ طالقٌ وعليكِ ألفٌ، فقَبلَتْ طَلَقَتْ ولا شيءَ عليها**) وكذٰلك إن لم تقبل، وقالا: إن قَبِلت فعليها الألفُ، وإلا لا شيءَ عليها، لأن هٰذا الكلام يُستعمل للمعاوَضَة، يقال: اعمل هٰذا ولكَ درهمٌ، كقوله: بدرهمٍ، وله: أن قوله: وعليكِ ألفٌ، لا ارتباطَ له بما قبله، إذ الأصل ذٰلك، ولا دِلالةَ على الارتباط، لأن الطلاق يُوجدُ بدون المال، بخلاف البيعِ والإجارةِ، فإنهما لا ينفكّان عن وجوب المال.

ولو قال لعبده: أنت حرٌّ وعليكَ ألفٌ، فعلى الخلاف. ولو قالت له: اخلعني على ألفٍ، فقال مجيباً لها: أنتِ طالقٌ، كان كقوله: خلعتُكِ. ولو قال: بعتُ منكِ طلاقَكِ بمهرِك، فقالت: طلَّقتُ نفسي، بانت منه بمهرِها بمنزلة قولها: اشتريتُ، ولو قال: بعتُ منكِ تطليقةً، فقالت: اشتريتُ، تقعُ واحدةٌ رجعيةٌ مجّاناً، لأنه صريحٌ.

قال: (**والمُبارأةُ كالخُلْع، يُسقِطانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلّ واحدٍ من الزَّوجَينِ على الآخَرِ ممَّا يَتعلَّقُ بالنِّكاحِ، حتَّى لَوْ كان قبلَ الدَّخُولِ وقَدْ قَبَضَتِ المَهْرَ، لا يَرْجِعُ عَلَيْها بشيءٍ**) ولو لم تقبض شيئاً لا تَرجعُ عليه بشيءٍ. ولو خالعها على مالٍ آخرَ لزمها وسقط الصَّداقُ. وقال محمد: لا

. . . .

يسقطُ فيهما إلا ما سمَّياه. وأبو يوسف معه في الخُلع، ومع شيخِه في المُبارأة. لمحمد: أنه تعذَّرَ العملُ بحقيقةِ اللفظين على ما يأتي، فجُعلا كنايةً عن الطلاق على مال، فلا يجبُ إلا ما سُمِّيا به، ولأبي يوسف: أن المبارأة مفاعلةٌ من البراءةِ، وقضيتها البراءةُ من الجانبين مطلقاً، إلا أنا اقتصرنا على ما وقعت المبارأةُ لأجلِه وهو حقوقُ النكاح. أما الخُلْع فيقتضي الانخلاع، وقد حصل الانخلاعُ من النكاح، فلا حاجةَ إلى حقوقِه. ولأبي حنيفة أن الخُلع عبارةٌ عن الانخلاعِ والانتزاعِ على ما مرَّ في أوّل الباب، والمُبارأةُ كما قال أبو يوسف، فيقتضي الانخلاعَ والبراءةَ من الجانبين، ونفسُ النكاح لا يحتملُ الانخلاعَ والبراءةَ، وحقوقُه تَقبلُ ذٰلك، فتقع البراءةُ عنها ليحصلَ ما هو المقصودُ من الخُلع، وهو انقطاعُ المشاجرة بين الزوجين، أو نقول نعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامِه وحقوقِه بدِلالةِ الغَرَض، ولو وقع الخُلع بلفظ البيعِ والشراءِ، فالأصحُّ أنه يوجبُ البراءةَ عند أبي حنيفة. ولو اختلعا ولم يذكرا المهرَ ولا بَدَلاً آخرَ، فالصحيحُ أنه يُسقِط ما بقي من المهر، وما قبضتْه فهو لها وإن ذَكَرا نفقةَ العِدَّةِ سقطت وإلا فلا، لأنها لم تجب بعدُ، ولا تقعُ البراءةُ عن نفقة الولد وهي مَؤُونةُ الرَّضاع إلا بالشرط، لأنها لم تجب لها، فإن شَرَطا البراءةَ منها في الخُلع ووقَّتا، بأن قال: إلى سنةٍ أو سنتين، سقطت، فإن مات الولدُ قبل تمام المُدَّة رجع عليها بما بقي من أجرِ مثلِ الرَّضاع إلى تمام المُدَّة، والحِيلةُ لعدم الرجوع أن يقول: خالعتُكِ

ويُعتَبرُ خُلْعُ المرِيضةِ من الثُّلُثِ.

على كذا، وعلى نفقةِ الولدِ إلى سنتين، فإن مات في بعض المدَّة فلا رجوعَ لي عليكِ.

قال: (ويُعتَبرُ خُلْعُ المرِيضةِ من الثُّلُثِ) لأنه لا قيمةَ للبُضْع عند الخروج، وليس من الحوائجِ الأصليةِ، فكان كالوصيَّة، وهٰذا إذا ماتت بعدَ العِدّةِ أو قبل الدخول، فأما إذا ماتت وهي في العِدَّةِ فللزوج الأقلُّ من الميراث، ومن المهرِ إن كان يُخرَجُ من الثلث، وإن لم يُخرَجْ فله الأقلُّ من ميراثها ومن الثلث.

فصل

إذا اختلعت المكاتَبَةُ لزِمها المالُ بعد العِتْق، لأنه تبرُّعٌ، وسواء كان بإذن المولى أو بغير إذنِه، لأنها محجورةٌ عن التبرُّعات. ولو اختلعت الأمة أو أمُّ الولد بإذنِ المولى لزِمهما للحال، وإذا خَلَعَ الأمةَ مولاها من زوجها الحرِّ على رَقَبتِها صحَّ الخُلع بغير شيءٍ، ولو كان الزوجُ مكاتباً أو عبداً أو مدبَّراً جاز الخُلع وصارت أمَةً للسيد، والفرق أنها تصيرُ مملوكةً للمولى، فلا ينفسخُ النكاح، وفي الحُرِّ لو صارت مملوكةً له بَطَلَ النكاحُ، فيبطُلُ الخُلع.

أمتان تحت حُرٍّ خلعهما المولى على رقبةِ إحداهما بعينِها، بَطَلَ الخُلع فيها وصحَّ في الأخرى، ويُقسَمُ الثمنُ على مهرَيهما[1]، فما أصاب مهرَ التي صحَّ خُلعها فهو للزوج من رقبةِ الأخرى، ولو خَلَعَ كلَّ

---

(١) في (س): مهرها، والمثبت من (م).

باب الظِّهار

وهو أن يُشَبِّهَ امرأتَه أو عُضواً يُعَبَّرُ به عن بَدَنها، أو جُزءاً شائعاً منها، بعُضْوٍ لا يَحِلُّ له النَّظَرُ إليه من أعضاءِ مَن لا يَحِلُّ له نِكاحُها على التأبيد. وحُكمُه: حرمةُ الجِماعِ ودَوَاعِيه حتَّى يُكَفِّرَ. . . . .

واحدةٍ منهما على قربةِ الأخرى وقع الطلاقان بائنين بغير شيءٍ، لأنه قارَنَ وقوعُ الطلاق على كلِّ واحدةٍ وقوعَ الملكِ في رقبتِها، فتعذَّر إيجابُ العِوَض. ولو طلَّق كلَّ واحدةٍ على رقبةِ صاحبتها يقعُ رجعيّاً.

باب الظِّهار

وهو في اللغة مشتقٌّ من لفظ الظَّهر، يقال: ظاهَرَ يُظاهِرُ ظِهاراً.

وأصلُه: قولُ الرجل لامرأته: أنتِ عَلَيَّ كظَهْر أُمِّي، ثم انتقل إلى غيرِه من الأعضاء، وإلى غيرِها من المحرَّمات.

(**وهو أن يُشَبِّهَ امرأتَه أو عُضواً يُعَبَّرُ به عن بَدَنها**) كالرأس والوجه، (**أو جُزءاً شائعاً منها**) كالثلثِ والربع (**بعُضْوٍ لا يَحِلُّ له النَّظَرُ إليه**) كالظَّهر والبطن والفَخِذِ والفَرْج، لأن الكلَّ في معنى الظَّهر في الحُرْمة (**من أعضاءِ مَن لا يَحِلُّ له نِكاحُها على التأبيد**) كأُمِّه وبنتِه وجَدَّتِه وعمَّتِه وخالتِه وأختِه وغيرِهنَّ من المحرَّمات على التأبيد، لأن الكلَّ كالأم في تأبيدِ الحُرمة.

(**وحُكمُه: حرمةُ الجِماعِ ودَوَاعِيه حتَّى يُكَفِّرَ**) تحرُّزاً عن الوقوع فيه كما في الإحرام، بخلافِ الحيض فإنه يكثُرُ وقوعُه فيُحرَج، ولا كذلك الظِّهار. وكان في الجاهلية طلاقاً، فجعله الشرعُ موجِباً حرمةً متناهيةً

بالكفارة. والأصلُ فيه حديث خولةَ بنت ثعلبةَ، وقيل: بنت خويلدٍ كانت تحتَ أوس بن الصامت، وكانا من الأنصار، فأرادَها فأبَتْ عليه، فقال: أنتِ عَلَيَّ كظَهرِ أُمِّي، فكان أوّلَ ظهار في الإسلام، ثم نَدِم ـ وكان الظهار طلاقاً في الجاهلية ـ[1] فقال: ما أظنَّكِ إلا قد حَرُمْتِ عَلَيَّ، فقالت: والله ما ذاك بطلاقٍ، فأتت رسولَ الله عليه السلام فقالت: إن أوساً[2] تزوّجني وأنا شابّةٌ غنيةٌ ذاتُ مالٍ وأهلٍ، حتى إذا أكلَ مالي وأفنَى شَبابي وتفرَّق أهلي وكَبِرت سِنِّي ظاهَرَ منِّي، وقد نَدِمَ، فهل من شيءٍ يجمعُني وإياه ينعَشُني به؟ فقال ﷺ: حَرُمْتِ عليه، فجعلت تراجع رسولَ الله عليه السلام، وإذا قال لها: حرمتِ عليه هَتَفَتْ وقالت: أشكو إلى الله فاقتي وشدَّةَ حالي، وأن لي صبيةً صغاراً، إن ضممتُهم إليه ضاعوا، وإن ضممتُهم إليَّ جاعوا، وجعلت تقول: اللهمَّ إني أشكو إليك، اللهمَّ فأنزلْ على لسان نبيِّك، فتغشّى رسولَ الله ﷺ الوحيُ كما كان يتغشَّاه، فلما سُرِّي عنه، قال: يا خولةُ، قد أنزل الله فيكِ وفي أوسٍ قرآناً، وتلا: ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِى تُجَٰدِلُكَ فِى زَوْجِهَا﴾[3] الآيات [المجادلة: ١-٤].

---

(١) ما بين المعترضتين لم يرد في (س)، وأثبتناه من (م).

(٢) في الأصلين: أوس، والجادة ما أثبتنا.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢١٤) و(٢٢١٥)، وهو في «المسند» (٢٧٣١٩)، و«صحيح ابن حبان» (٤٢٧٩). وهو حديث صحيح لغيره. وانظر تمام تخريجه وشواهده فيهما.

فإن جامَعَ قَبلَ التَّكفيرِ استَغفَرَ الله تعالى. والعَوْدُ الذي تَجِبُ به الكفَّارةُ: أن يَعْزِمَ على وطئِها. ويَنبَغِي لها أن تَمنَعَ نفسَها منه، وتطالبَه بالكَفَّارةِ، ويُجبِرُه القاضي عليها.

والظهارُ جائز ممن يجوز طلاقُه، لأن كل واحد منهما يوجبُ حرمةَ الزوجة، ولا يكونُ من المطلقة بائناً، لأنها حرامٌ عليه.

قال: (**فإن جامَعَ قَبلَ التَّكفيرِ استَغفَرَ الله تعالى**) لما روى ابنُ عباس: أن رجلاً ظاهَرَ من امرأتِه، فرأى خَلْخَالَها في القمر فوقع عليها، ثم جاء إلى النبيّ ﷺ فذكر ذٰلك له، فقال: «استغفرِ الله تعالى ولا تعُدْ حتى تُكفِّر»[1]، ولأنه فَعَلَ فعلاً محرَّماً، والأفعال المحرَّمةُ توجبُ الاستغفار ولا شيءَ عليه غيره، لأنه لو كان لبيَّنه ﷺ، ولا يحِلُّ قِرْبانها بعدَ زوجٍ آخرَ ولا بملكِ اليمين حتى يكفِّر لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣].

قال: (**والعَوْدُ الذي تَجِبُ به الكفَّارةُ: أن يَعْزِمَ على وطئِها**) لقوله عليه السلام: «ولا تَعُدْ حتى تكفِّر» نهى عن الوطءِ إلى غايةِ التكفير، فتنتهي حرمةُ الوطءِ بالتكفير.

(**ويَنبَغِي لها أن تَمنَعَ نفسَها منه**) لأنه حرام، (**وتطالبَه بالكَفَّارةِ ويُجبِرُه القاضي عليها**) إيفاءً لحقِّها.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٢٣) و(٢٢٢٥)، وابن ماجه (٢٠٦٥)، والترمذي (١١٩٩)، والنسائي ٦/ ١٦٧. وهو حديث صحيح بطرقه وشاهده.

وشاهده من حديث سلمة بن صخر البياضي أخرجه أحمد في «مسنده» (١٦٤١٩) فانظره فيه.

وانظر مرسل عكرمة عند أبي داود في «سننه» (٢٢٢١) و(٢٢٢٢).

ولو قال: أنتِ عليَّ مِثْلُ أُمِّي أو كأُمِّي، فإنْ أرادَ الكَرامةَ صُدّقَ، وإن أرادَ الظِّهارَ فظِهارٌ، وإن أرادَ الطَّلاقَ فواحدةٌ بائنةٌ، . . . .

وكلُّ ما لا يصدِّقُه القاضي فيه لا يَسَعُ المرأةَ أن تصدِّقه فيه، فلو قال: أردتُ الإخبارَ عما مضَى بكذبٍ لم يصدَّقْ قضاءً، وصُدِّق ديانةً.

ولو قال: أنا منكِ مُظاهِرٌ، أو ظاهرتُ منكِ، يصيرُ مظاهِراً، لأنه صريحٌ فيه. ولو شبَّهها بامرأةٍ زنى بها أبوه أو ابنُه، أو بابنةِ مَزْنِيَّتِه فهو مظاهِرٌ عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد، بناءً على أن القاضي إذا قَضى بجوازِ نِكاحها ينفُذُ عند محمد، خلافاً لأبي يوسف.

وسُئل محمدٌ عن المرأة تقول لزوجها: أنتَ عليَّ كظهر أبي؟ قال: ليس بشيءٍ، لأن المرأة لا تملكُ التحريمَ، كالطلاق. وسُئل أبو يوسف فقال: عليها الكفارةُ، لأن الظهار تحريمٌ يرتفع بالكفارةِ، وهي من أهل الكفارةِ، فصحَّ أن توجبَها على نفسِها. وسُئل الحسنُ بن زياد فقال: هما شيخا الفقه أخطأا، عليها كفارةُ يمينٍ، لأن الظِّهار يقتضي التحريمَ، فكأنها قالت لزوجها: أنتَ عليَّ حرامٌ، فيجبُ عليها كفارةُ يمين إذا وطِئها.

(**ولو قال: أنتِ عليَّ مِثْلُ أُمِّي أو كأُمِّي**) فهو كنايةٌ يرجع إلى نيته. (**فإنْ أرادَ الكَرامةَ صُدّقَ**) لأن ذلك محتملات كلامِه، وهو مشهورٌ بين الناس. (**وإن أرادَ الظِّهارَ فظِهارٌ**) لأنه شبَّهها بجميعِها، وفي ذلك تشبيهٌ بالعضو المحرَّم، فيصحُّ عند نيته. (**وإن أرادَ الطَّلاقَ فواحدةٌ بائنةٌ**)

وإن لم يكن له نِيَّةٌ فليس بِشَيءٍ. ولو قال لِنسائِه: أنتُنَّ عَليَّ كظَهْرِ أُمِّي، فعليه لِكُلِّ واحدةٍ كفَّارةٌ. وإن ظاهَرَ منها مِراراً في مجلسٍ واحدٍ أو في مجالسَ، فعليه لِكُلّ ظِهارٍ كفَّارةٌ.

ويصيرُ تشبيهاً لها في الحُرمة، كأنه قال: أنتِ عليَّ حرامٌ. (وإن لم يكن له نِيَّةٌ فليس بِشَيءٍ) لأنه كناية يحتمل وجوهاً فلا يتعيَّن أحدُها إلا بمرجِّح. وقال محمد: هو ظهارٌ، لأنه تشبيهٌ حقيقةً، والتشبيهُ بالعُضو ظهارٌ، فالتشبيهُ بالكُلِّ أولى. وعن أبي يوسف: إن كان في حالةِ الغَضَب فهو ظهارٌ، وإن عَنَى به التحريمَ فهو إيلاءٌ، إثباتاً لأدنى الحُرمَتَين. وعند محمد: ظهارٌ، وقيل: ظهار بالإجماع. وإن نوى الكذبَ، قال محمد في «نوادر هشام»: يُدَيَّن إلا أن يكون في حالةِ الغضب، فهو يمينٌ. وإن قال: أنتِ عليَّ حرامٌ كأُمِّي ونوى ظِهاراً فظهارٌ للتشبيه، وإن نوى طلاقاً فطلاقٌ للتحريم، وإن نوى التحريمَ فظِهارٌ، وإن لم يكن له نيةٌ فإيلاءٌ، وعند محمد: ظهارٌ وقد مرَّ وجههما.

(ولو قال لِنسائِه: أنتُنَّ عَليَّ كظَهْرِ أُمِّي، فعليه لِكُلِّ واحدةٍ كفَّارةٌ) لأنه يصير مظاهِراً من كلِّ واحدة منهنَّ بإضافةِ الظِّهار إليهنَّ، كما إذا قال: أنتُنَّ طوالقُ، تطلُقُ كلُّ واحدةٍ منهنَّ، وإذا كان مظاهِراً من كلِّ واحدةٍ منهنَّ ثبتت الحرمةُ في كلِّ واحدة، والكفارةُ لإنهاء الحرمةِ، فتتعدَّدُ بتعدُّد الحُرمة.

(وإن ظاهَرَ منها مِراراً في مجلسٍ واحدٍ أو في مجالسَ، فعليه لِكُلّ ظِهارٍ كفَّارةٌ) كما في تكرار اليمين. وروى الحسن عن أبي حنيفة: إذا

فصل

والكفَّارةُ عِتْقُ رَقَبةٍ يُجزِئُ فيها مُطْلَق الرَّقَبةِ السَّليمةِ، ولا يُجْزِئُ المُدَبَّرُ، وأُمُّ الولَدِ، والمُكاتَبُ الذي أدَّى بعضَ كتابتِه، . . . .

قال لامرأتهِ: أنتِ عليَّ كظهرِ أمّي مئةَ مرّةٍ، وجبَ عليه مئةُ كفارةٍ، وهو حالفٌ مئةَ مرَّةٍ.

فصل

(**والكفَّارةُ: عِتْقُ رَقَبةٍ**) قبلَ المَسيس للنَّصِّ (**يُجْزِئُ فيها مُطْلَق الرَّقَبةِ السَّليمةِ**) فينطلقُ على المسلم والكافر والذَّكر والأنثى والصغيرِ والكبيرِ عملاً بالإطلاق، وهو قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]. والرقبةُ: عبارة عن الذات المرقوقة[1] المملوكة من كل وجه، وعند الإطلاق ينصرفُ إلى السليمة، فمَن قيَّدها بوصفٍ زائدٍ فقد زاد على النصِّ، فيُرَدُّ عليه.

قال: (**ولا يُجْزِئُ المُدَبَّرُ، وأُمُّ الولَدِ**) لأن الرِّقَ فيهم ناقصٌ لاستحقاقهم العِتقَ بجهةٍ أخرى.

(و) لا (**المُكاتَبُ الذي أدَّى بعضَ كتابتِه**) لأنه يشبهُ العتقَ ببَدَلٍ، ويجوز المكاتَبُ الذي لم يؤدِّ شيئاً، لأن الرِّقَ قائم به، قال عليه السلام: «المكاتَبُ عبدٌ ما بقي عليه درهمٌ»[2]، وما ذكرناه من المعنى

---

(١) تحرفت في (س) إلى: الموقوفة، والتصويب من (م).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٢٦) من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ. وإسناده حسن.

ولا مَقطُوعُ اليَدَين أو إبهامَيهما أو الرِّجلَينِ، ولا الأَعمَى، ولا الأَصَمُّ الأخرسُ، ولا المجنون المُطْبَقُ، ولا معْتَقُ البعض.

فيمن أدَّى البعضَ مُنْتَفٍ، على أنه روي عن أبي حنيفة أنه يجوز مَن أدَّى البعض أيضاً، لأنه عبدٌ بالحديث، حتى لو فُسِخت الكتابةُ عاد رقيقاً، بخلاف أمِّ الولد والمدبَّر، فإن ذٰلك لا يُفسَخُ أصلاً.

قال: (**ولا مَقطُوعُ اليَدَين أو إبهامَيهما أو الرِّجلَينِ، ولا الأَعمَى، ولا الأَصَمُّ الأخرسُ، ولا المجنون المُطْبَقُ**) لأن جنس المنفعةِ تفوتُ في هٰؤلاء، وهو البطشُ والسعيُ والسَّمْعُ والبصرُ، والانتفاعُ بالجوارح بالعقلِ، فالمجنون فائتُ المنفعة، وبطشُ اليدين بالإبهامَين فبفوتهما يفوتُ جنسُ المنفعة وإنه مانع، لأن قيام الرقبةِ بقيام المنفعة فإذا فات جنسُ المنفعة صارت الرقبةُ هالكةً من وجه، فكانت ناقصةً، فلا يتناولها الاسم، أما إذا اختلَّت المنفعةُ فليس بمانع، لأن العيبَ القليل ليس بمانعٍ لتعذُّر الاحتراز عنه، وذٰلك كالأعور ومقطوعِ إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف، ولا يجوز إذا قطعا من جانب واحد لفوات جنس منفعة المشي، ولا يجوز المعتوه والمفلوجُ اليابسُ الشّقِّ لما بينا. وثلاثةُ أصابع من اليد لها حكمُ الكُلِّ.

ويجوز عتقُ الخَصِيِّ والمجبوب لأن ذٰلك يزيدُ القيمةَ ولا يُنقِصُها، ويجوز مقطوع الأُذنين لأنه لا ضررَ فيه، ويجوز مقطوعُ الشّفتين إن كان يقدِرُ على الأكل، وإلا فلا.

(**ولا**) يجوزُ (**معْتَقُ البعض**) لأنه ليس برقبةٍ كاملة.

وإن اشتَرَى أباهُ أو ابنَه يَنْوي الكفَّارةَ أجْزأهُ. وإن أعتَقَ نصْفَ عبدِه ثُم جامَعَها ثُمَّ أعتقَ باقيَه لم يُجْزِه (سم)، وإن لم يُجامِع بينَ الإعتاقَينِ أَجْزأهُ.

قال: (**وإن اشتَرَى أباهُ أو ابنَه يَنْوي الكفَّارةَ أجْزأهُ**) لأن شراءَ القريب إعتاقٌ، قال عليه السلام: «لن يَجْزِيَ وَلَدٌ والدَه إلا أن يجدَه مملوكاً فيشتريَه فيُعتِقَه»[1] أخبر عليه السلام أن الابن قادرٌ على إعتاق الأبِ، فيكون قادراً تصديقاً له فيما أخبَرَ، ولا يقدِرُ على إعتاقِه قبل الشراء لعدم الملكِ، ولا بعدَ الشراء لأنه يعتقُ عليه بالشراء، فيكون نفسُ الشراء إعتاقاً، فإذا نوى بالشراء الكفارةَ يصيرُ إعتاقاً عن الكفارةِ، فيصحُّ ويجزئُه.

(**وإن أعتَقَ نصْفَ عبدِه ثُم جامَعَها ثُمَّ أعتَقَ باقيَه لم يُجْزِه**) وعندهما: يجزئُه بناءً على تجزِّي الإعتاق، فعندهما: لما أعتق نصفَه كان إعتاقاً للجميع، وعنده: لا، فَقَدْ أعتقَ النصفَ قبلَ المَسيس والنصفَ بعدَه، والشرطُ أن يكون الإعتاقُ قبل المَسيس، فلا يُجزئُه، فيستأنِفُ عِتْقَ رقبة أخرى.

(**وإن لم يُجامِع بينَ الإعتاقَينِ أَجْزأهُ**) بالإجماع، أما عندهما فظاهر، وأما عنده: فلأنه أعتقَه بكلامَين، وما حصل فيه من النقص حَصَلَ بسبب الإعتاق للكفارةِ، وأنه غير مانع، كما إذا أصابت السكينُ عينَ شاةِ الأضحية وقد أضجَعَها للذَّبح. وعلى هٰذا لو أعتَقَ نصفَ عبدٍ مشترَكٍ لا يجزئُه، موسراً كان أو معسراً بناءً على ما مرّ، وعندهما: إن

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة مسلم (١٥١٠)، وهو في «المسند» (٧١٤٣)، و«صحيح ابن حبان» (٤٢٤).

والعبدُ لا يُجْزِئُه في الظِّهارِ إلا الصَّومُ، فإنْ لم يَجِدْ ما يَعْتِقُ صامَ شَهرَينِ مُتتابِعَينِ ليسَ فيهما رمضانُ ويوما العِيدِ وأيّامُ التّشريقِ، فإن جامَعها في الشَّهرَين لَيْلاً أو نهاراً عامداً أو ناسياً، أو أفَطَر[1]، بِعُذْرٍ أو بغيرِ عُذْرٍ استَقبَلَ (س)، . . . .

كان موسراً أجزأه، لأنه يملكُ نصيبَ شريكِه بالضمان فكان معتِقاً للكلِّ، وإن كان معسراً لا يُجزئُه، لأن السعايةَ وجبت للشَّريك في نصيبه، فلم يوجد منه عتقُ الجميع.

قال: (والعبدُ لا يُجْزِئُه في الظِّهارِ إلا الصَّومُ) لأنه عاجزٌ عن الإعتاق والإطعام، لأنه لا يملكُ شيئاً، قال عليه السلام: «لا يملكُ العبدُ إلا الطلاق»[2].

قال: (فإنْ لم يَجِدْ) المظاهرُ (ما يَعْتِقُ صامَ شَهرَينِ مُتتابِعَينِ) لقوله تعالى: ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾ [المجادلة: ٤].

قال: (ليسَ فيهما رمضانُ ويوما العِيدِ وأيّامُ التَّشريقِ) أما رمضان فلأنه يقعُ عن الفرضِ لتعيُّنِه على ما مرَّ في الصوم، فلا يقعُ عن غيره، وأما الباقي فلأنَّ الصوم فيها حرامٌ، فكان ناقصاً فلا يتأدّى به الواجبُ.

قال: (فإن جامَعها في الشَّهرَين لَيْلاً أو نهاراً عامداً أو ناسياً، أو أفَطَر[1]، بِعُذْرٍ أو بغيرِ عُذْرٍ استَقبَلَ) لقوله تعالى: ﴿ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾

---

(١) قوله: «أو أفطر» أثبتناه من نسخة بهامش (س)، ولم يرد في أصل (س) و(م).

(٢) سلف تخريجه ٢/ ٢٣٣.

فإن لم يستَطِعِ الصِّيامَ أطعَمَ سِتِّينَ مسكِيناً، ويُطعِمُ كما ذكرْنا في صَدقةِ الفِطرِ، ....

وقال أبو يوسف: إن جامع ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً لم يستأنف، لأن ذٰلك لا يمنعُ التتابعَ، حتى لا يفسُدُ به الصومُ. وجوابه: أن النصَّ شَرَطَ كونَه قبل المَسيس، وأنه ينعدمُ بالمَسيس فيَستأنفُ. ولو حاضت المرأةُ في كفَّارة الصوم لا تستقبلُ، وإن أفطرت لمرضٍ استَقبلت، ولو حاضت في كفَّارة اليمينِ استَقبلت، لأن الحيضَ يتكرَّرُ في كل شهر، ولا كذٰلك المرضُ. وعن محمد: لو صامت شهراً ثم حاضت ثم أيِسَت استقبلت. وعن أبي يوسف: لو حَبلت في الشهر الثاني بَنَتْ.

ومَن له دَينٌ ليس له غيرُه لا يقدِرُ على استخلاصِه كفَّر بالصوم.

ولو حَنَثَ موسِراً ثم أعسَرَ أو بالعكس فالمعتَبَرُ حالةَ التكفير.

ولو أيسَرَ في خلال الصوم أعتَقَ، كالمُتيمِّم إذا وجَدَ الماء في صلاتِه.

قال: (**فإن لم يستَطِعِ الصِّيامَ أطعَمَ سِتِّينَ مسكِيناً**) لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾.

(**ويُطعِمُ كما ذكرْنا في صَدقةِ الفِطرِ**) لقوله عليه السلام في حديث سَهْل بن صخر وأوسِ بن الصامت: «لكلِّ مسكينٍ نصف صاعٍ من بُرٍّ»[1]، ولأنه لحاجةِ المسكين في اليوم فاعتُبرت بصَدَقةِ الفِطر. قال:

---

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢٤٧ فقال: قلت: هكذا وقع في «الهداية»، وصوابه: سلمة بن صخر، والحديث غريب. وعند الطبراني =

أو قيمَةَ ذٰلكَ، فإن غَدَّاهُم وعشَّاهم جازَ، ولا بُدَّ من شِبَعِهم في الأَكْلَتَينِ، ولا بُدَّ من الإدامِ في خُبزِ الشَّعِير دُونَ الحِنطَةِ، . . . .

(أو قيمَةَ ذٰلكَ) لما مرَّ في دفع القِيمَ في الزكاة.

قال: (فإن غَدَّاهُم وعشَّاهم جازَ) قال تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ﴾ وهو التمكينُ من الطعم.

(ولا بُدَّ من شِبَعِهم في الأَكْلَتَينِ) اعتباراً للعادة.

(ولا بُدَّ من الإدامِ في خُبزِ الشَّعِير دُونَ الحِنطَةِ) لأنه لا يتمكنُ من الشِّبَع في خبز الشعير دون الإدام، فإنه قلَّما ينساغُ دونَه، ولا كذٰلك

= (٢٤/ (٦٣٤)) في حديث أوس بن الصامت قال: «فأطعم ستين مسكيناً ثلاثين صاعاً» قال: لا أملك ذٰلك، إلا أن تعينني، فأعانه النبي ﷺ بخمسة عشر صاعاً، وأعانه الناس حتى بلغ. انتهى.

وروى أبو داود (٢٢١٤) من طريق ابن إسحاق، عن معمر بن عبد الله بن حنظلة، عن يوسف بن عبد الله بن سلام، عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة، قالت: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت. . . قال: «يطعم ستين مسكيناً» قالت: ليس عنده شيء يتصدق به، قال: «فإني أُعينه بعرق من تمر» قالت: يا رسول الله، وأنا أعينه بعرق آخر، قال: «أحسنت، اذهبي، فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً، وارجعي إلى ابن عمك» قال: والعرق: ستون صاعاً. انتهى.

ثم أخرج (٢٢١٥) عن ابن إسحاق بهٰذا الإسناد نحوه، إلا أنه قال: والعرق يسع ثلاثين صاعاً، ثم أخرج (٢٢١٦) عن أبي سلمة بن عبد الرحمٰن، قال: يعني بالعرق زنبيلاً، يأخذ خمسة عشر صاعاً. وهٰذه الرواية الثالثة شاهدة لحديثنا.

وانظر «سنن الترمذي» حديث رقم (١٢٠٠).

ولو أطعَمَ مِسكيناً سِتِّينَ يوماً أجزأهُ، وإن أعطاهُ في يومٍ واحدٍ عن الكُلّ أجزأهُ عن يومٍ واحدٍ. . . . .

خبزُ الحِنطة. وعن أبي حنيفة: لو غدَّاهم وعشَّاهم خبزاً وإداماً، أو خبزاً بغيرِ إدامٍ، أو خبزَ الشعير، أو سَويقاً، أو تمراً جاز.

ولو غدَّى ستين وعشَّى ستين غيرَهم لم يُجزِه إلا أن يُعيد على ستين منهم غداءً أو عشاءً.

ويجوز غداءان أو عشاءان أو عشاءٌ وسَحورٌ، وكذا لو غدَّاهم يوماً وعشَّاهم يوماً آخرَ لوجود أَكلتين مُشْبعتين. ولو عشَّاهم في رمضانَ لكلِّ مسكين ليلتين أجزأه، والمستحبُّ غداءٌ وعشاءٌ.

لو أطعم كلَّ مسكين مُدّاً فعليه أن يُعطيَه مُدّاً آخرَ، ولا يجوز أن يعطيَه غيرَهم، لأن الواجب شيئان: مراعاةُ عددِ المساكين، والمقدارُ في الوظيفةِ لكلِّ مسكين.

قال: (**ولو أطعَمَ مِسكيناً**) واحداً (**سِتِّينَ يوماً أجزأهُ**) لأن المُعتَبَر دفعُ حاجة المسكين، وأنها تتجدَّدُ بتجدُّد اليوم.

(**وإن أعطاهُ في يومٍ واحدٍ عن الكُلّ، أجزأهُ عن يومٍ واحدٍ**) لاندفاع الحاجة بالمرّةِ الأولى، وهٰذا لا خلافَ فيه في الإباحة، وأما التمليكُ منه في يومٍ واحدٍ في دَفَعات قيل: لا يُجزئُه، وقيل: يُجزئُه لأن الحاجة إلى التمليكِ تتجدَّدُ في اليوم مرَّاتٍ. ولو دَفَعَ الكلَّ إليه مرّةً واحدةً لا يجوز، لأن التفريق واجبٌ بالنَّصِّ.

فإن جامَعها في خِلالِ الإطعامِ لم يَستأنِفْ. ومن أعتقَ رقَبَتينِ أو صامَ أربَعَةَ أشهُرٍ أو أطعَمَ مئةً وعِشرينَ مِسكِيناً عن كفَّارَتَي ظِهارٍ أجزأهُ عنهما وإن لم يُعَيِّنْ، وإن أطعَمَ سِتِّينَ مِسكِيناً كلَّ مِسكينٍ صاعاً من بُرٍّ عن كفَّارَتَينِ لم يُجْزِه إلاَّ عن واحدةٍ (م)، . . . .

قال: (فإن جامَعها في خِلالِ الإطعامِ لم يَستأنِفْ) لأن النصَّ لم يشرُطْ في الإطعام قبل المَسيس، إلا أنا أوجبناه قبل المَسيس لاحتمال القُدرةِ على الإعتاق أو الصومِ، فيقعان بعدَ المسيس، والمنعُ لمعنىً في غيرِه لا ينافي المشروعية.

قال: (ومَن أعتَقَ رقَبَتينِ، أو صامَ أربَعَةَ أشهُرٍ، أو أطعَمَ مئةً وعِشرِينَ مِسكِيناً عن كفَّارَتَي ظِهارٍ أجزأهُ عنهما وإن لم يُعَيِّنْ) لأن الجنس متَّحدٌ، فلا حاجةَ إلى التعيين. وقال زفر: لا يجوزُ عن واحدةٍ منهما ما لم يُعتِق عن كلٍّ واحدةٍ واحدةً، لأنه لما أعتَقَ عنهما انقسم كلُّ إعتاقٍ عليهما، فيقعُ العتقُ أشقاصاً عن كلِّ واحدةٍ، فلا يجوزُ، كما إذا اختلف الجنسُ. ولنا: أن الواجبَ تكميلُ العددِ دونَ التعيين، إذ التعيينُ لا يُفيدُ في الجنسِ الواحدِ على ما عُرف، بخلاف اختلافِ الجنس، لأن التعيينَ مفيدٌ فيه فيُشترط.

(وإن أطعَمَ سِتِّينَ مِسكِيناً كلَّ مِسكينٍ صاعاً من بُرٍّ عن كفَّارَتَينِ، لم يُجْزِه إلاَّ عن واحدةٍ) وقال محمد: عنهما، وإن أطعم ذلك عن ظهارٍ وإفطارٍ أجزأه عنهما بالإجماع، وعليه قياس محمد، وهذا لأن بالمؤدَّى وفاءً بهما، والمصروفُ إليه محلٌّ لهما، فيقعُ عنهما، وصار كما إذا

وإن أعتَقَ وصامَ عن كَفَّارَتي ظهارٍ فله أن يَجعَلَ ذٰلكَ عن أَيِّهما شاءَ.

باب اللِّعان

. . . .

فرَّق الدفعَ. ولهما: أن النيةَ تُعتَبر في الجنسين لا في جنسٍ واحد، وإذا لَغَتِ النيةُ في الجنسِ الواحدِ بقي أصلُ النيةِ، فيُجزئ عن الواحدةِ، كما إذا قال: عن كفارةِ ظهار.

(وإن أعتَقَ وصامَ عن كَفَّارَتي ظهارٍ فله أن يَجعَلَ ذٰلكَ عن أَيِّهما شاءَ) لأن النيةَ معتبرةٌ عند اختلاف الجنس.

باب اللِّعان

وهو مصدر لاعَنَ يُلاعِنُ مُلاعَنةً، كقاتَل يقاتِلُ مُقاتَلةً، والملاعَنةُ مفاعَلَةٌ من اللَّعْن، ولا يكون هٰذا الوزنُ إلا بين اثنين، إلا ما شذَّ، كراهقْتُ الحُلُمَ، وطارقْتُ النَّعْلَ، وعاقبتُ اللصَّ، ونحوه، وهو لفظٌ عامٌّ.

وفي الشرع: هو مختصٌّ بملاعَنَةٍ تجري بين الزَّوجين، بسببٍ مخصوصٍ، بصفةٍ مخصوصةٍ. على ما يأتيك إن شاء الله تعالى.

وهو شهاداتٌ مؤكَّدات بالأيمان، موثَّقةٌ باللَّعْن والغَضَب من الله تعالى، كما نَطَقَ به الكتاب، وقد كان موجِبُ القذفِ الحَدَّ في الأجنبيةِ والزوجةِ بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ الآية [النور: ٤]، فنُسِخَ في الزوجات إلى اللِّعان بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ﴾ الآية

ويجبُ بِقَذْفِ الزَّوجةِ بالزِّنى أو بِنَفْيِ الولد، إذا كانا من أهلِ الشَّهادةِ وهي ممَّنْ يُحَدُّ قاذِفُها وطالَبَتْه بذٰلكَ، . . . .

[النور: ٦]. وسببُ ذٰلك ما روى ابن عباس: أن هلال بن أمية قَذَفَ امرأتَه خولةَ بشَرِيك بن السَّحماء عندَ رسول الله عليه السلام، فقال: رأيتُ بعيني وسمعتُ بأُذُني، فاشتدَّ ذٰلك على رسول الله ﷺ، فقال سعد بنُ عبادةَ: الآن يُضرَبُ هلالٌ وتُردُّ شهادتُه، ثم قال ﷺ: «البينةَ أو حدّاً في ظهرك»، فقال: يا رسولَ الله، إذا رأى أحدُنا على امرأتِه رجلاً ينطلقُ يلتمسُ البينةَ؟! فجعل ﷺ يقول: «البينةَ أو حدّاً في ظهرك»، فقال هلال: والذي بعَثَكَ بالحقِّ إني لصادقٌ ولَيُنزِلَنَّ الله ما يُبرِّئ ظهري من الحدِّ، فنزل: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾ إلى قوله: ﴿إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّـٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦-٩]، فلاعَنَ ﷺ بينَهما، وقال عند ذِكر اللعنةِ والغضب: «آمين»، وقال القوم: آمين[1].

قال: (**ويجبُ بِقَذْفِ الزَّوجةِ بالزِّنى**) لما تلونا (**أو بِنَفْيِ الولد**) لأنه في معناه.

قال: (**إذا كانا من أهلِ الشَّهادةِ، وهي ممَّنْ يُحَدُّ قاذِفُها وطالَبَتْه بذٰلكَ**) لأن الركنَ فيه الشهادةُ، قال تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾ [النور: ٦]، والشهادةُ لا تكون معتبَرةً إلا إذا صَدَرت من أهلِها، فوجوب الشهادة عليهما اشتراطُ كونِهما من أهل الشهادة، ولا بدَّ من أن تكون ممَّن يحدُّ قاذفُها، لأن اللِّعان في حقِّه كحدِّ القذفِ، لِمَا

---

(١) سلف تخريجه ٢/ ٣٣٩.

فإنِ امتنَعَ منه حُبِسَ حتى يُلاعِنَ أو يُكَذِّبَ نَفسَه فيُحَدَّ، فإذا لاعَنَ وجَبَ عليها اللِّعانُ، وَتُحبَسُ حتى تُلاعِنَ أو تُصَدِّقَه. . . . .

أن اللعن عقوبةٌ، فإن كان كاذباً التَحَقَ به كالحَدِّ، حتى لا تُقبلُ شهادتُه بعدَ اللعان أبداً، وهو في حقِّها كحدِّ الزِّنى، لأن الغَضَبَ في حقِّها من الله تعالى عقوبةٌ شديدةٌ تلتحقُ بها إن كانت كاذبةً، فقام مقام حدِّ الزِّنى، ولهٰذا لا يثبتُ اللِّعان بالشهادةِ على الشهادة، ولا بكتابِ القاضي، ولا بشهادةِ النساء، كالحدود، ولا بدَّ من طَلَبها لأن الحقّ لها، كما في حدِّ القذف.

وشرطُ اللعان: قيامُ الزوجيَّة بينهما بنكاحٍ صحيحٍ دون الفاسدِ، لأن مُطْلَق الزوجيةِ ينصرفُ إلى الصحيح.

قال: (**فإنِ امتنَعَ منه حُبِسَ حتى يُلاعِنَ**) لأنه حقٌّ وجب عليه، فيُحبَس فيه لقُدرتِه عليه، (**أو يُكَذِّبَ نَفسَه فيُحَدَّ**) لأنه إذا أكذَبَ نفسَه سَقَطَ اللعانُ، وإذا سقط اللِّعانُ وجبَ عليه الحدُّ، لأن القذفَ لا يخلو عن موجِبٍ، فإذا سقط اللعانُ صرنا إلى حدِّ القذف، إذ هو الأصل.

(**فإذا لاعَنَ وجَبَ عليها اللِّعانُ**) بالنصِّ.

(**وَتُحبَسُ حتى تُلاعِنَ**) لما بينا (**أو تُصَدِّقَه**) فلا حاجة إلى اللعانِ، ولا يجبُ عليها حدُّ الزِّنى، لأن من شرطِه الأقاريرَ الأربعةَ عندنا على ما يأتي في بابه، ولهٰذا قال الشافعي: تُحدُّ، لأن الزاني يُحدُّ عنده بالإقرار مرّةً واحدةً.

وإذا لم يكُن الزَّوجُ من أهلِ الشَّهادةِ فعليهِ الحَدُّ، وإن كانَ من أهلِ الشَّهادةِ وهي مِمَّنْ لا يُحَدُّ قاذِفُها، فلا حَدَّ عليه ولا لِعَانَ، ويُعَزَّرُ.

ويَبتدِئُ في اللعان بالزوج، لأنه هو المدَّعِي، ولأنه عليه السلام بدأ بالزَّوج[١]، فلما التعنا فرَّق بينهما، فإن التعنتِ المرأةُ أوّلاً ثم الزوجُ، أعادت ليكون على الترتيب المشروع، فإن فَرَّق بينهما قبل الإعادة جاز، لأن المقصودَ تلاعُنُهما وقد وجد.

قال: (**وإذا لم يكُن الزَّوجُ من أهلِ الشَّهادةِ**) بأن كان عبداً أو محدوداً في قَذْفٍ أو كافراً (**فعليهِ الحَدُّ**) لأن اللعان امتَنَع بمعنىً من جهته، فيُرجَعُ إلى الموجِبِ الأصلي.

(**وإن كانَ من أهلِ الشَّهادةِ وهي مِمَّنْ لا يُحَدُّ قاذِفُها**) أمة كانت[٢] أو كافرةً، أو محدودةً في قذفٍ، أو صبيةً، أو مجنونةً، أو زانيةً (**فلا حَدَّ عليه ولا لِعَانَ**) لأن المانعَ من جهتها، فصار كما إذا صدَّقتْه.

(**ويُعَزَّرُ**) لأنه آذاها وألحَقَ الشَّينَ بها، ولم يجبِ الحَدُّ، فيجبُ التعزيرُ حسماً لهٰذا الباب. ولو كانا محدودَين في قذفٍ، حُدَّ لأن اللِّعان

---

(١) أخرج مسلم من حديث ابن عمر (١٤٩٣) وفيه: فبدأ بالرجل فشهد أربع شهادات بالله: إنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم ثنى بالمرأة... وهو في «المسند» (٤٦٩٣)، و«صحيح ابن حبان» (٤٢٨٦).

وأخرجه البخاري (٥٣٠٧) من حديث ابن عباس: أن هلال بن أمية قذف امرأته، فجاء فشهد، والنبي ﷺ يقول: «إن الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب». ثم قامت فشهدت.

(٢) لفظة: «كانت» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).

وصِفَةُ اللِّعانِ: أن يَبتَدِئَ القاضي بالزَّوجِ، فيَشهَدُ أربعَ مَرّاتٍ يقولُ في كلِّ مَرَّة: أشهَدُ بالله إني لَمِنَ الصَّادِقِينَ فيما رمَيتُكِ به من الزِّنى، ويقولُ في الخامسة: لَعْنَةُ الله عليه إن كان من الكاذبِينَ فيما رَمَيتُكِ به من الزِّنى، وإن كانَ القَذفُ بولدٍ يقولُ: فيما رَمَيتُكِ به من نَفْيِ الولدِ، وإن كان بهما يقولُ: فيما رَمَيتُكِ به من الزِّنى ومن نَفيِ الولدِ. . . . .

امتَنَع من جهتِه، لأنه يبدأ به وهو ليس من أهل الشهادة، والأصلُ فيه قوله عليه السلام: «أربعةٌ لا لِعانَ بينهم وبين نسائِهم: اليهوديةُ والنصرانيةُ تحت المسلم، والمملوكةُ تحت الحُرِّ، والحرّةُ تحتَ المملوك»[1] وفي رواية: «والمسلمُ تحتَه كافرةٌ، والكافر تحتَه مسلمةٌ»[2]، وصورته: إذا كانا كافرين فأسلمَتْ، فقذفها قبل عرضِ الإسلام عليه.

(**وصِفَةُ اللِّعانِ: أن يَبتَدِئَ القاضي بالزَّوجِ، فيَشهَدُ أربعَ مَرّاتٍ يقولُ في كلِّ مَرَّة: أشهَدُ بالله إني لَمِنَ الصَّادقِينَ فيما رمَيتُكِ به من الزِّنى، ويقولُ في الخامسة: لَعْنَةُ الله عليه إن كان من الكاذبِينَ فيما رَمَيتُكِ به من الزِّنى، وإن كانَ القَذفُ بولدٍ يقولُ: فيما رَمَيتُكِ به من نَفْيِ الولدِ، وإن كان بهما يقولُ: فيما رَمَيتُكِ به من الزِّنى ومن نَفيِ الولدِ**) لأنه المقصودُ باليمين.

---

(١) أخرجه من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده ابن ماجه (٢٠٧١) ولفظه: «أربع من النساء، لا ملاعنة بينهن: النصرانية تحت المسلم، واليهودية تحت المسلم، والحرَّة تحت المملوك، والمملوك تحت الحر» وإسناده ضعيف لضعف عثمان بن عطاء أحد رواته.

(٢) هذا اللفظ بيَّض له ابن قطلوبغا ص٢٩٥.

ثُمَّ تَشهَدُ المرأةُ أربعَ مرَّاتٍ تقُولُ في كلِّ مَرَّةٍ: أشهَدُ باللهِ إنَّه لَمِنَ الكاذِبينَ فيما رَماني به من الزِّنى، وتقُولُ في الخامسةِ: غَضَبُ الله عليها إن كان من الصَّادِقينَ فيما رماني به من الزِّنى، وفي نَفي الولدِ تَذكُرُه. فإذا التَعَنا فرَّقَ الحاكم بَينَهما،

(**ثُمَّ تَشهَدُ المرأةُ أربعَ مرَّاتٍ تقُولُ في كُلِّ مَرَّةٍ: أشهَدُ باللهِ إنَّه لَمِنَ الكاذِبينَ فيما رَماني به من الزِّنى، وتقُولُ في الخامسةِ: غَضَبُ الله عليها إن كان من الصَّادِقينَ فيما رماني به من الزِّنى، وفي نَفي الولدِ تَذكُرُه**) كما تقدّم.

(**فإذا التَعَنا فرَّقَ الحاكم بَينَهما**) ولا تقع الفُرقةُ قبل الحكم، حتى لو مات أحدُهما قبل التفريق وَرِثَه الآخرُ. وقال زفر: تقع الفُرقة بينهما بالتلاعُن لوقوع الحُرمةِ المؤبَّدَة بينهما بالنَّصِّ، وهو المقصودُ من الفُرقة. ولنا ما روي أن النبي عليه السلام لمَّا لاعَنَ بينهما، قال الزوجُ: كذَبْتُ عليها إن أمسكتُها، هي طالقٌ ثلاثاً. قال الراوي: ففارَقَها قبلَ أن يأمرَه رسولُ الله بفِراقها، فأمضى عليه ذٰلك فصار سُنَّةَ المتلاعِنَين[1]. ولو وقعت الفُرقة بتلاعنِهما لم يقع الطلاقُ، ولَمَا أمضاه عليه السلام، ولبيَّن له بطلانَ اعتقادِه في وقوع الطلاق، ولأن حرمةَ الاستمتاع ثبتت باللِّعان، لأن اللعنَ والغضبَ نزلَ بأحدِهما بيقينٍ، وأثرُه بطلانُ النعمة، وحِلُّ الاستمتاع نعمةٌ، والزوجيةُ نعمةٌ، وحِلُّ الاستمتاع أقلُّها فيحرُمُ، وهٰذه الحرمةُ جاءت من قِبَله لأنها بسبب

---

(١) أخرجه من حديث سهل بن سعد البخاري (٥٣٠٩)، ومسلم (١٤٩٢)، وهو في «المسند» (٢٢٨٣٠)، و«صحيح ابن حبان» (٤٢٨٣).

فإذا فَرَّقَ بينَهما كانت تَطلِيقةً بائنةً (س)، . . . .

قذفِه، فقد فوَّتَ عليها الإمساكَ بالمعروف، فيجبُ عليه التسريحُ بالإحسان، فإذا لم يسرِّحْها وهو قادرٌ عليه كان ظالماً لها، فينوبُ القاضي منابَه دفعاً للظلم.

(**فإذا فَرَّقَ بينَهما كانت تَطلِيقةً بائنةً**) لأنه كفعل الزوج، كما في الجَبِّ والعُنَّة. وقال أبو يوسف: هو تحريمٌ مؤبَّدٌ، وثمرتُه: إذا أكذَبَ نفسَه حدَّه القاضي وعاد خاطباً، وعنده: لا، لقوله عليه السلام: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[1]، ولنا: أنه إذا أكذَبَ نفسَه لم يصيرا

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٥٠)، والدارقطني (٣٧٠٤)، والطبراني في «الكبير» ٦/ (٥٦٨٤)، والبيهقي ٧/ ٤٠١ و٤١٠ من طريق عبد الله بن وهب، أخبرني عياض بن عبد الله الفهري وغيره، عن ابن شهاب، عن سهل بن سعد في حديث المتلاعنين قال: فمضت السنة بعد في المتلاعنين يُفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً. وهٰذا سند حسن، فإن عياضاً وإن كان فيه لين قد توبع عليه.

فقد رواه الدارقطني (٣٧٠٥)، والبيهقي ٧/ ٤١٠ من طريقين عن الأوزاعي، عن الزبيدي، عن الزهري، عن سهل بن سعد.

وله شاهد من حديث ابن عمر عند الدارقطني (٣٧٠٦)، قال الحافظ ابن حجر في «الدراية» ٢/ ٧٦: وإسناده لا بأس به. وقال صاحب «التنقيح»: إسناده جيد.

وثبت في الموقوف عن عمر أخرجه عبد الرزاق (١٢٤٣٣) وابن أبي شيبة ٤/ ٣٥١، والبيهقي ٧/ ٤١٠، وعن ابن مسعود عند عبد الرزاق (١٢٤٣٤)، وعن ابن مسعود وعلي عند ابن أبي شيبة ٤/ ٣٥١، والدارقطني (٣٧٠٧)، وعن علي وحده عند البيهقي ٧/ ٤١٠.

وانظر «مصنف عبد الرزاق» ٧/ ١١٢ وما بعدها، وابن أبي شيبة ٤/ ٣٥١ و٣٥٢.

متلاعِنَين، ولا يبقى حكمُه، ولهٰذا وجبَ عليه الحدُّ بالإكذاب، ولأن اللِّعان شهادةٌ، وهي تبطُلُ بتكذيب الشاهدِ نفسَه، فلم يبقيا متلاعِنَين لا حقيقةً ولا حُكماً، فلم يتناولهما النصُّ.

قال: (**فإن كان القَذفُ بِولدٍ نَفَى القاضِي نَسَبَه وألحَقَه بأُمِّه**) لأنه ﷺ نَفَى ولدَ امرأةِ هلالٍ وألحَقَه بها[1].

وإذا قَذَفَ الأعمى امرأتَه العمياء، أو الفاسقُ امرأتَه يجب اللِّعانُ لأنهما من أهل الشهادةِ. ولو كان أحدُهما أخرَسَ، لا حدَّ ولا لعانَ، لأنه ليس من أهل الشهادةِ. ولو خَرِسَ أحدُهما، أو ارتدَّ، أو أكذَبَ نفسَه، أو قَذَفَ أحدُهما إنساناً فحُدَّ للقذف، أو وُطِئتْ حراماً بعد اللِّعان قبل التفريق بطل اللِّعانُ، ولا حدَّ ولا تفريقَ، لأن ما مَنَعَ الوجوبَ مَنَعَ الإمضاءَ لوجود الشُّبهةِ.

ولو وُطِئتْ بشبهةٍ فقذفها زوجُها، لا لِعانَ عليه ولا حدَّ على قاذِفِها. وعن أبي يوسف أنه رجع وقال: يجبُ اللعان والحدُّ، لأنه وَطْءٌ يجبُ فيه المهرُ ويثبتُ النسب. وجه الظاهر: أنه وطءٌ في غير ملكٍ فأشبه الزِّنى وصار شبهةً في إسقاط الحدِّ عن القاذف.

---

(١) هو في «مسند أحمد» (٢١٣١)، و«سنن أبي داود» (٢٢٥٦)، وانظر تمام تخريجه في «المسند».

وفي الباب عن ابن عمر عند البخاري (٤٧٤٨): أن رجلاً رمى امرأته، فانتفى من ولدها في زمان رسول الله ﷺ، فأمر بهما رسول الله ﷺ، فتلاعنا كما قال الله، ثم قضى بالولد للمرأة، وفرَّق بين المتلاعنين.

ولو قذفها ثم وُطِئتْ حراماً، لا لِعانَ بينهما لما بينا.

ولو لم يفرِّق الحاكمُ بينَهما حتى عُزِل أو مات، فالحاكمُ الثاني يستقبلُ اللِّعان بينهما. وقال محمد: لا يستقبلُ لأن اللِّعان قائمٌ مقامَ الحدِّ، فصار كإقامةِ الحدِّ حقيقةً، وذلك لا يؤثِّر فيه عزلُ الحاكم وموتُه. ولهما: أن تمام الإمضاءِ في التفريقِ والإنهاءِ، فلا يتناهى قبلَه فيجبُ الاستقبالُ.

ولو طلَّقها بعدَ القذف ثلاثاً أو بائناً، فلا حدَّ ولا لِعانَ، ولو كان رجعياً لاعَنَ لقيام الزوجيةِ.

ولو تزوجها بعد الطلاق البائنِ فلا لِعانَ ولا حدَّ بذلك القذف.

ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً يا زانيةُ، فعليه الحدُّ دون اللِّعان، لأنه قَذَفَ أجنبيةً، ولو قال: يا زانيةُ أنتِ طالقٌ ثلاثاً، فلا حدَّ ولا لِعانَ، لأنه طلَّقها ثلاثاً بعد وجوبِ اللِّعان، فسقط بالبينونةِ.

ولو قذفَ أربعَ نسوةٍ، لاعَنَ مع كلِّ واحدةٍ منهنَّ، ولو قَذَفَ أربعَ أجنبيات حُدَّ لهنَّ حداً واحداً، والفرق أن المقصودَ في الثانيةِ الزجرُ، وهو يحصل بحدٍّ واحدٍ، أما الأوّل فالمقصودُ باللعان دفعُ العارِ عن المرأةِ وإبطالُ نكاحِها عليه، وذلك لا يحصُلُ بلعانٍ واحد.

قال: (**وإذا قال: ليسَ حَمْلُكِ مِنِّي فلا لِعانَ**) وقالا: إن ولدت لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ من يوم القذفِ يجبُ اللِّعانُ، لأنا تيقنَّا بقيام الحمل

ويصِحُّ نَفْيُ الولدِ عَقِيبَ الولادةِ وفي حالَةِ التَّهنِئَةِ وابتِياعِ آلَةِ الولادةِ، فيُلاعِنُ وينْفِيه القاضِي، وبعدَ ذٰلك يَثبُتُ نَسَبُه ويُلاعِنُ، . . . .

يومئذٍ، وله: أنه يومئذٍ لم يتيقَّن بقيام الحملِ، فلم يصِرْ قاذفاً، وإذا لم يكن قاذفاً في الحالِ يصيرُ كأنه قال: إن كان بكِ حملٌ فليس مني، ولا يثبتُ حكمُ القذفِ إذا كان معلَّقاً بالشرط، وأجمعوا أنه لا ينتفي نسبُ الحملِ قبل الولادةِ، لأنه حكمٌ عليه، ولا حكمَ على الجنين قبل الولادةِ، كالإرثِ والوصيةِ.

ولو نفى ولدَ زوجتِه الحرّةِ فصدَّقتْه، فلا حدَّ ولا لِعانَ، وهو ابنُهما، لا يصدَّقان على نفيِه، لأن النسب حقُّ الولد، والأمُّ لا تملِكُ إسقاطَ حقِّ ولدِها، فلا ينتفي بتصديقِها، وإنما لم يجب الحدُّ واللعانُ لتصديقها، لأنه لا يجوزُ لها أن تشهدَ أنه لَمِنَ الكاذبين وقد قالت: إنه صادق، وإذا تعذَّر اللِّعان لا ينتفي النسبُ.

قال: (**ويصِحُّ نَفْيُ الولدِ عَقِيبَ الولادةِ وفي حالَةِ التَّهنِئَةِ وابتِياعِ آلَةِ الولادةِ، فيُلاعِنُ وينْفِيه القاضِي، وبعدَ ذٰلك يَثبُتُ نَسَبُه ويُلاعِنُ**) وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه مقدَّرٌ بسبعة أيام، لأن أثر الولادةِ والتهنئةِ فيها، اعتباراً بالعقيقة، وقالا: يصحُّ نفيُه في مدَّةِ النِّفاس، لأنه أثر الولادة. وله: أن الزوج لو نفاه عَقِيبَ الولادةِ انتفى بالإجماع، ولو لم ينفِهِ حتى طالت المدةُ لم يكن له نفيُه بالإجماع، فلا بدَّ من حدٍّ فاصل، ومعلوم أن الإنسان لا يُشهَدُ عليه بنسبِ ولده، وإنما يُستدلُّ على ذٰلك بقَبوله التهنئةَ، وابتياعِ متاعِ الولادة، وقَبول هديَّة الأصدقاء، فإذا فعل

وإن كانَ غائباً فعَلِمَ فكأنها وَلَدَتْ حالَ عِلْمِه. ومَنْ وَلَدَتْ ولَدَين في بطنٍ واحد فاعتَرَفَ بالأوَّلِ ونَفَى الثَّاني ثَبَتَ نَسَبُهما ولاعَنَ، وإن عَكَسَ فنفى الأوَّلَ واعترفَ بالثَّاني ثَبَتَ نَسَبُهما وَحُدَّ.

ذٰلك أو مضى مدَّةٌ يفعل فيه ذٰلك عادةً وهو ممسِكٌ، كان اعترافاً ظاهراً، فلا يصحُّ نفيُه بعدَه.

قال: (وإن كانَ غائباً فعَلِمَ فكأنها وَلَدَتْ حالَ عِلْمِه) معناه: أنه يصحُّ نفيُه عندهما في مدَّةِ النِّفاس بعد العِلم. وعنده: مدّة التهنئة على ما بينا، لأنه لا يجوزُ أن يَلزَمَه النسبُ مع عدمِ علمِه، فصار حالَ علمِه كحالةِ الولادة على الأصلين. وعن أبي يوسف: إن علِمَ قبل الفِصال فهو مقدَّرٌ بمدَّةِ النِّفاس، وبعدَه ليس له أن ينفيَه، لأن قبل الفِصال كمدّةِ النِّفاس حيث لم ينتقل عن غذائِه الأوّل، وبعدَه ينتقلُ ويخرجُ عن حالةِ الصِّغَر، فيقبُحُ نفيُه كما لو نفى شيخاً.

قال: (ومَنْ وَلَدَتْ ولَدَين في بطنٍ واحد، فاعتَرَفَ بالأوَّلِ ونَفَى الثَّاني، ثَبَتَ نَسَبُهما ولاعَنَ، وإن عَكَسَ فنَفى الأوَّلَ واعترفَ بالثَّاني، ثَبَتَ نَسَبُهما وَحُدَّ) أما ثبوتُ النسب فلأنهما توأمان خُلقا من ماءٍ واحد، فمتى ثبت نسبُ أحدِهما باعترافِه ثبت نسبُ الآخر ضرورةً. وأما اللِّعان في الأولى والحدُّ في الثانية، فلأنه لمَّا نفى الثاني لم يكن مكذِّباً نفسَه فيلاعِنُ، وفي الثانية لما نفَى الأوّلَ صار مكذِّباً نفسَه باعترافِه بالثاني فيُحَدُّ. ولو قال في المسألة الثانية: هما ابناي، لا يُحَدُّ ولا يكون تكذيباً، لأنه صادقٌ، لأنهما لزِمَاه من طريق الحُكم، فكان مخبِراً عما ثبت بالحُكم.

باب العدة

وهي مصدر عَدَّه يعُدُّه، وسُئل ﷺ متى تكون القيامة؟ قال: «إذا تكاملت العِدَّتان»[1] أي: عدَّةُ أهل الجنة وعدَّةُ أهل النار، أي: عددهم. وسُمِّي الزمانُ الذي تتربصُ فيه المرأة عَقِيبَ الطلاقِ والموتِ عدَّةً لأنها تعُدُّ الأيامَ المضروبةَ عليها، وتنتظرُ أوان الفَرَجِ الموعود لها.

والأصلُ في وجوبها قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وقوله: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، وقوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١].

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا ص٢٩٦ وبيض له.

وأخرج الدوري في روايته لـ«تاريخ ابن معين» ٤/ ٣٤٠: حدثنا يحيى بن معين، حدثنا سعيد بن عامر، حدثنا عمر بن علي: أن رجلاً قال لإياس يعني ابن معاوية: يا أبا واثلة حتى متى يتوالد الناس ويموتون؟ قال لجلسائه: أجيبوه، فلم يكن عندهم جواب، قال: فقال إياس: حتى تتكامل العدتان، عدة أهل النار وعدة أهل الجنة.

وأخرج بحشل في «تاريخ واسط» ص١٧٤: حدثنا محمد بن عثمان بن مخلد، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت إياس بن معاوية وسأله رجل: إلى متى يتوالد الناس؟ قال: إلى أن تكمل العدتان، عدة أهل الجنة وأهل النار.

عدَّةُ الحُرَّة التي تَحيضُ في الطَّلاقِ والفَسْخِ بعدَ الدُّخُول ثلاثُ حِيَضٍ، والصَّغيرةِ والآيِسةِ ثلاثةُ أشهُر، وعِدَّتُهنَّ في الوَفاةِ أربعةُ أشهُر وعشرَةُ أيَّام. وعِدَّةُ الأمَة في الطَّلاق حَيْضَتان، وفي الصِّغَرِ والإياسِ شهرٌ ونصفٌ،

وهي ثلاثة أنواع: الحيضُ، والشهورُ، ووضعُ الحمل، وبكلٍّ ذلك نَطَقَ الكتاب.

وتجبُ بثلاثة أشياء: بالطلاقِ، وبالوفاةِ، وبالوطءِ، على ما نبينُه إن شاء الله تعالى.

قال: (**عدَّةُ الحُرَّة التي تَحيضُ في الطَّلاقِ والفَسْخِ بعدَ الدُّخُول ثلاثُ حِيَضٍ، والصَّغيرةِ والآيِسةِ ثلاثةُ أشهُر، وعِدَّتُهنَّ في الوَفاةِ أربعةُ أشهُر وعشرَةُ أيَّامٍ**) لما تلونا من الآيات. والفُرقةُ بالفَسْخ كالطلاق، لأن العدَّة للتعريف عن براءةِ الرَّحِمِ، وأنه يشملُهما.

(**وعِدَّةُ الأمَة في الطَّلاق حَيْضَتان**) لقوله عليه السلام: «طلاقُ الأمةِ ثنتان، وعدَّتُها حيضتان»[1].

(**وفي الصِّغَرِ والإياسِ شهرٌ ونصفٌ**) لأنّ الرِّقَّ منصِّفٌ، إلا أن الحيضةَ لا تتجزَّأ، فكُمِّلت احتياطاً، وقد قال عمر: لو استطعتُ لجعلتُها حيضةً ونصفاً[2]. أما الشهرُ فيتجزّأ فجعلناه شهراً ونصفاً.

---

(١) سلف تخريجه ص١٤٥.

(٢) أثر عمر أخرجه الشافعي في «الأم» ٥/ ٢٧١، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٨٧٤)، وابن حزم في «المحلى» ١٠/ ٣٠٧، والبيهقي في «السنن» ٧/ ٤٢٥-٤٢٦ و٤٢٦، وفي «المعرفة» (١٥٢٦٤) و(١٥٢٦٥).

وعِدَّتُها في الوفاةِ شَهرانِ وخَمْسةُ أيَّامٍ. وعِدَّةُ الكُلّ في الحَمْلِ وَضْعُه.

(وعِدَّتُها في الوفاةِ شَهرانِ وخَمْسةُ أيَّامٍ) لما بينا.

(وعِدَّةُ الكُلّ في الحَمْلِ وَضْعُه) لعموم قوله تعالى: ﴿وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ﴾ [الطلاق: ٤]، ولأن المقصود التعرُّف عن براءةِ الرَّحِمِ، ولا براءةَ مع وجود الحملِ، ولا شُغْلَ بعدَ وضعِه، وإليه الإشارةُ بقول عمر رضي الله عنه: لو وضعَتْ وزوجُها على سريرِه، لانقضَتْ عدَّتُها وحَلَّ لها أن تتزوَّج[1]. وعن ابن مسعود: من شاء باهلْتُه أن سورةَ النساء القُصرى ـ يعني سورةَ الطلاق ـ قوله: ﴿وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] نزلت بعدَ التي في سورة البقرة، يعني: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾ الآية [البقرة: ٢٣٤][2].

وإن أسقطَتْ سقطاً استبان بعضُ خَلْقِه انقضت به العدّةُ، وإلا فلا، لأنه إذا استبان فهو ولدٌ، وإذا لم يستبِنْ جاز أن يكون ولداً وغيرَ ولدٍ، فلا تنقضي العدَّةُ بالشكّ.

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» ٢/ ٥٨٩-٥٩٠ - ومن طريقه الشافعي في «الأم» ٥/ ٢٢٤، والبيهقي في «المعرفة» (١٥٢٨٥) - عن نافع، عن ابن عمر: أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل، فقال عبد الله بن عمر: إذا وضعت حملها فقد حلَّت. فأخبره رجل من الأنصار كان عنده أن عمر بن الخطاب قال: لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد، لحلَّت.

(٢) أخرجه مطولاً بنحوه البخاري (٤٥٣٢)، وأبو داود (٢٣٠٧)، وابن ماجه (٢٠٣٠)، والنسائي ٦/ ١٩٦-١٩٧.

ولا عِدَّةَ في الطَّلاقِ قَبلَ الدُّخُولِ، ولا على الذمِّيَّةِ في طلاقِ الذمِّيِّ. وعدَّةُ أمّ الولدِ من موتِ سيِّدِها والإعتاقِ ثلاثُ حِيَضٍ أو ثلاثةُ أشهُرٍ. . . . .

قال: (**ولا عِدَّةَ في الطَّلاقِ قَبلَ الدُّخُولِ**) لقوله تعالى فيه: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

قال: (**ولا على الذمِّيَّةِ في طلاقِ الذمِّيِّ**) وقد مرّ في النكاح. ولا عدَّةَ في نكاح الفُضُولي قبل الإجازة، لأن النسبَ لا يثبتُ فيه لأنه موقوفٌ، فلم ينعقد في حقِّ حُكمِه، فلا يورِّث بشُبهةِ الملكِ والحِلِّ، والعدّةُ وجبت صيانةً للماء المحترَم عن الخَلْط واحترازاً عن اشتباه الأنساب.

قال: (**وعدَّةُ أمّ الولدِ من موتِ سيِّدِها والإعتاقِ ثلاثُ حِيَضٍ أو ثلاثةُ أشهُرٍ**) إن كانت ممن لا تحيضُ، لما روي أن ماريةَ القِبطيةَ أمَّ ولدِ رسولِ الله ﷺ اعتدَّت بعد وفاتِه بثلاثةِ أقراءٍ[1]، ولم يُنكر عليها أحدٌ من الصحابة رضي الله عنهم، فإما أنها نقلَتْه عن النبيِّ ﷺ، وإما أن يكون إجماعاً منهم، وكل ذٰلك حجةٌ. وعن عمر أنه قال: عدّةُ أم الولد ثلاثُ حِيَضٍ[2]، ولو زوَّجها المولى ثم مات، فلا عدَّةَ عليها، لأن الفِراش انتقل إلى الزوج، فإن طلَّقها الزوجُ وانقضت عدتُها ثم مات المولى فعليها العدَّةُ، لأن الفِراش عاد إليه وقد زال بالموت.

---

(١) أخرجه البيهقي ٧/ ٤٤٨ من طريق سويد بن عبد العزيز، عن عطاء بن أبي رباح: أن مارية اعتدت بثلاث حيض بعد النبي ﷺ. وقال البيهقي: وهٰذا منقطع، وسويد بن عبد العزيز ضعيف، ورواية الجماعة عن عطاء مذهبه دون الرواية.

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢٥٨ وقال: غريب. وانظر تمام كلامه عليه فيه.

والعدَّةُ في النّكاحِ الفاسِدِ والوَطْءِ بشُبهَةٍ بالحيضِ في الموتِ والفُرقَةِ. وعدَّةُ امرأةِ الفارّ أبعدُ الأجَلَينِ في البائنِ (س) وعِدَّةُ الوفاةِ في الرَّجعيِّ. ولو أُعتِقَتِ الأمَةُ في العدَّةِ من طلاقٍ رَجعيٍّ انتقَلَتْ إلى عِدَّةِ الحَرائر، وفي البائنِ لا. ولو اعتدَّتِ الآيِسَةُ بالأشهُرِ ثُمَّ رأتِ الدَّمَ بعدَ ذٰلكَ، أو الصَّغيرةُ ثُمَّ رأته في خِلالِ الشَّهرِ استأنَفَتْ بالحَيضِ،

قال: (والعدَّةُ في النّكاحِ الفاسِدِ والوَطْءِ بشُبهَةٍ بالحيضِ في الموتِ والفُرقَةِ) لأنه للتعرُّف عن براءةِ الرَّحِم، ولا تجبُ عدّةُ الوفاة لأنها ليست بزوجة.

قال: (وعدَّةُ امرأةِ الفارّ أبعدُ الأجَلَينِ في البائنِ وعِدَّةُ الوفاةِ في الرَّجعيِّ) وهي إذا طلَّقها وهو مريضٌ فورِثَتْ وهي في العدّة. وقال أبو يوسف: عدتُها ثلاثُ حِيَضٍ في البائن، لأن النكاح انقطَعَ بالطلاق ولزِمَتْها العدّةُ بالحيض، إلا أنه بقي أثرُه في الإرث لما بينا لا في تغيير العدّةِ، وبخلاف الرجعيِّ لأن النكاح باقٍ من كلِّ وجه. ولهما: أنه بقي في حقِّ الإرث فلأن يبقى في حقِّ العدّةِ أولى، لأن العدّة مما يُحتاط فيها، فيجبُ أبعدُ الأجلين.

قال: (ولو أُعتِقَتِ الأمَةُ في العدَّةِ من طلاقٍ رَجعيٍّ انتقَلَتْ إلى عِدَّةِ الحَرائر، وفي البائنِ لا) لأن النكاح قائمٌ من كلّ وجهٍ في الرجعي دون البائن، وموتُه كالبينونة.

قال: (ولو اعتدَّتِ الآيِسَةُ بالأشهُرِ ثُمَّ رأتِ الدَّمَ بعدَ ذٰلكَ، أو الصَّغيرةُ ثُمَّ رأته في خِلالِ الشَّهرِ استأنَفَتْ بالحَيضِ) أما الآيسةُ فلأنَّ

ولو اعتدَّتْ بحَيضةٍ أو حَيضَتَينِ ثُمَّ أيِسَتْ استأنَفَتْ بالشُّهُورِ.

بالعَود علِمنا أنها غيرُ آيسةٍ، وأن عدَّتها الحيض، وصارت كالممتدِّ طُهرُها فتَستأنف، وأما الصغيرةُ فلأنَّ الجمع في عدَّةٍ واحدة بين الحيضِ والأشهرِ ممتنِعٌ، لما فيه من الجمع بين البَدَل والمُبدَل، ولأنه لم يرد به أثرٌ ولم يقل به بَشَرٌ، وقد تعذَّرَ الاعتدادُ بالأشهر، فتعيَّنَ الحيضُ، أو نقول: الأشهرُ خَلَفٌ عن الحيض، وقد قَدَرَتْ على الأصل قبل حُصول المقصود بالخَلَف فيجبُ عليها، كالمتيمِّم إذا وَجَدَ الماء في صلاته.

(**ولو اعتدَّتْ بحَيضةٍ أو حَيضَتَينِ ثُمَّ أيِسَتْ استأنَفَتْ بالشُّهُورِ**) لما بينا.

فصل

الأقراء: الحيض، وهو قولُ أبي بكر، وعمرَ، وعليٍّ، وابن مسعود، وابنِ عباسٍ، وأبي الدرداء، وابنِ الصامت، وجماعةٍ من التابعين.

وقال زيدُ بن ثابت وعبدُ الله بن عمر وعائشةُ: إنها الأطهارُ. وحاصلُه أن اسم القُرْء على الحيضِ والطُّهر جميعاً لغةً حقيقةً، يقال: أقرأَتِ المرأةُ إذا حاضت، وأقرأَتْ إذا طَهُرَتْ، وأصلُه الوقتُ لمجيءِ الشيءِ وذهابِه، يقال: رجع فلانٌ لقُرْئِه، أي: لوقتِه الذي يرجعُ فيه.

وثمرةُ الخلاف تظهرُ في انقضاء العدّةِ، فمن قال: إنها الحيضُ يقول: لا تنقضي إلا باستكمالِ ثلاثِ حِيَضٍ، ومَن قال: إنها الأطهارُ يقول: إذا شَرَعَت في الحيضةِ الثالثةِ انقضت العدَّةُ. والحملُ على

وابتداءُ عِدّةِ الطَّلاقِ عَقِيبَه والوفاةِ عَقِيبَها، وتَنقَضِي بمُضِيّ المُدَّةِ وإن لم تَعلَمْ بهما، . . . .

الحيضِ أولى بالنصِّ والمعقول، أما النصُّ فقوله عليه السلام للمستحاضة «دعي الصلاةَ أيامَ أقرائِكِ»[1]، وإنما تتركُ الصلاةَ أيام الحيضِ بالإجماع، وقوله عليه السلام: «عدَّةُ الأمة حيضتان»[2]، والمعقولُ أنه ذكرَه بلفظ الجَمع، فمن قال: إنه الحيضُ، قال: لا بدَّ من ثلاث حِيَضٍ فيتحقق الجمعُ، ومن قال: إنه الأطهار، لا يتحققُ الجمعُ على قوله، لأن الطلاقَ لو وقع في آخرِ الطُّهر انقضت العدَّةُ بطُهرَين آخرَين وبالشروع في الثالث، لا يوجد الجمع، والعملُ بما يوافق لفظَ النَصِّ أولى.

قال: (**وابتداءُ عِدّةِ الطَّلاقِ عَقِيبَه والوفاةِ عَقِيبَها، وتَنقَضِي بمُضِيّ المُدَّةِ وإن لم تَعلَمْ بهما**) لأن الطلاقَ والوفاةَ هو السببُ فيعتبَرُ ابتداؤها من وقت وجود السبب.

وإن أقرّ أنه طلَّق امرأتَه من وقتٍ كذا، فكذَّبته أو قالت: لا أدري، وجبت العدةُ من وقت الإقرارِ، ويُجعل هٰذا إنشاءً احتياطاً، وإن صدَّقته فمِن وقت الطلاق، واختيارُ المشايخ أنه يجبُ من وقت الإقرارِ تحرُّزاً عن المواضَعَةِ وزجراً له عن كِتمان طلاقِها، لأنه يصيرُ مسيئاً[3]،

---

(١) سلف تخريجه ١/ ١٠٥، ١٠٧، تعليق (٢).

(٢) سلف تخريجه ص١٤٥.

(٣) في (م): مسبباً، والمثبت من (س).

وابتداءُ عِدَّةِ النِكاحِ الفاسدِ عَقِيبَ التَّفريقِ أو عَزْمِه على تركِ الوَطْءِ (ز)، وإذا وُطِئَتِ المُعتدَّةُ بشُبهةٍ فعليها عدَّةٌ أُخرى ويَتداخَلانِ، فإن حاضَتْ حيضَةً ثُمَّ وُطِئَتْ كَمَّلَها بثلاثِ أُخَرَ. . . . .

لوقوعها في المحرَّم، ولا تجبُ لها نفقةُ العِدَّة، ولها أن تأخذَ منه مهراً ثانياً إن وُجد الدخولُ من وقتِ الطلاق إلى وقت الإقرار، لأنه أقرَّ بذٰلك وقد صدَّقتْه.

قال: (**وابتداءُ عِدَّةِ النِكاحِ الفاسدِ عَقِيبَ التَّفريقِ أو عَزْمِه على تركِ الوَطْءِ**) وقال زفر: من آخِرِ الوَطآت؛ لأن الوطءَ هو الموجِبُ للعدَّة. ولنا أن التمكين من الوطءِ على وجه الشُّبهة أقيمَ مقامَ حقيقةِ الوطءِ لخفائِه، فيُجعل واطئاً حُكماً إلى حالةِ التفريق أو عَزْمِ الترك، فتجبُ العدّةُ من حين انقطاع الوطءِ حقيقةً وشرعاً، أخذاً بالاحتياط.

قال: (**وإذا وُطِئَتِ المُعتدَّةُ بشُبهةٍ فعليها عدَّةٌ أُخرى**) لوجود السبب (**ويَتداخَلانِ، فإن حاضَتْ حيضَةً ثُمَّ وُطِئَتْ كَمَّلَها بثلاثِ أُخَرَ**) وتُحسَبُ حيضتان من العدَّتين، وتَكمُلُ الأولى، والثالثةُ تتمةُ الثانية، لأن المقصودَ من العدّةِ التعرُّفُ عن براءةِ الرَّحِم، وأنه حاصل بالعدّةِ الواحدةِ، لأنه لا بدَّ من ثلاث حِيَضٍ بعد الوطءِ الثاني، وبه تتعرَّفُ براءةُ الرَّحِمِ، وللثاني أن يتزوَّجها بعد استكمال الأولى لأنها في عدَّتِه. ولو وُطِئتِ المعتدَّةُ عن وفاةٍ تمَّمتها، وما تراه من الحيضِ فيها يُحتَسَبُ من الثانية، فإن استكملت فيها ثلاثَ حِيَضٍ فقد انقضتا معاً، وإلا تَمَّمت الثانيةَ بما بقي من حيضِها لما بينا.

وأقلُّ مُدَّةِ العِدَّةِ شهرانِ (س).

قال: (وأقلُّ مُدَّةِ العِدَّةِ شهران) أي: مدَّةٌ تنقضي فيها ثلاثُ حِيَض. وقالا: أقلُّها تسعةٌ وثلاثون يوماً وثلاثُ ساعاتٍ، لأنهما يَعتبران أقلَّ مدّةِ الحيض، وهي ثلاثةُ أيام، وأقلَّ الطهرِ وهو خمسةَ عشَرَ يوماً، ثم يقدَّرُ أن وقوع الطلاق قبلَ أول الحيض بساعةٍ، فثلاثةُ أيامٍ حيضٌ، وخمسةَ عشَرَ طهرٌ، ثم ثلاثةٌ حيضٌ، ثم خمسةَ عشَرَ طهرٌ، ثم ثلاثةٌ حيضٌ فكَمُلتِ العدَّةُ. وأبو حنيفة يخرِّجُه من طريقين: أحدهما: يَعتبرُ أكثرَ الحيض احتياطاً، فيبدأ بالحيض عشرةٌ، ثم خمسةَ عشَرَ طهرٌ، ثم عشرةٌ حيضٌ، ثم خمسةَ عشرَ طهرٌ، ثم عشرةٌ حيضٌ فذٰلك ستون يوماً، وهٰذه رواية محمد. والآخَرُ ـ وهو روايةُ الحسن بن زياد ـ: أنه يَعتبر الوسطَ من الحيض، وهو خمسةُ أيام، ويَجعل مبدأَ الطلاق في أوّلِ الطُّهر عملاً بالسُّنَّة؛ فخمسةَ عشَرَ يوماً طهرٌ، وخمسةٌ حيضٌ، هٰكذا ثلاث مرّاتٍ تكن ستين يوماً.

والأمةُ تُصدَّقُ عندهما في أحد وعشرين يوماً: ستةُ أيامٍ حيضتان، وخمسةَ عشَرَ يوماً طهرٌ بينهما. وعند أبي حنيفة على رواية الحسن: أربعين[1] يوماً، وعلى رواية محمد: خمسةٍ وثلاثين. ولو كانت حاملاً وقد عَلَّق طلاقَها بالولادة، فعلى قياس روايةِ محمد عن أبي حنيفة، لا يُصدَّق في أقلَّ من خمسةٍ وثمانين يوماً، وعلى قياس رواية الحسن:

---

(١) في (س): أربعون، بالرفع، والمثبت من (م)، والمعنى: أن الأمة تُصدَّق في أربعين يوماً.

مئةُ يومٍ، وعلى قياس قول أبي يوسف: خمسةٌ وستون، وفي الأمَة على رواية محمد: خمسةٌ وستون، وروايةِ الحسن: خمسةٌ وسبعون، وعن أبي يوسف: سبعةٌ وأربعون، وعند محمد: ستةٌ وثلاثون وثلاثُ ساعات، ويُعرف ذٰلك لمن يتأملُه بتوفيق الله تعالى.

ثم إن وقع الطلاقُ للآيسةِ والصغيرةِ أو الموتُ غُرَّةَ الشهر اعتُبرت الشهور بالأهلَّةِ بالإجماع، وإن نقصَ عددُها، وإن وقع ذٰلك في وَسَطِ الشهر تُعتبر بالأيام، فتعتدُّ في الطلاق بتسعين يوماً، وفي الوفاة مئة وثلاثين يوماً، وهو رواية عن أبي يوسف، وروي عنه ـ وهو قول محمد ـ: تعتدُّ بقيَّةَ الشهر بالأيام وتكمِّلُه من الشهر الرابع، وتعتدُّ بشهرين فيما بينهما بالأهلَّة، لأن الأصلَ اعتبارُ الشهور بالأهلة، إلا عند التعذُّر، وقد تعذَّر في الأوّل فيُعمل فيه بالأيام لأنها كالبَدَل عن الأهلَّة، ويُعمل في الباقي بالأصل. ولأبي حنيفة: أنه لا يدخلُ الشهر الثاني[1] ولا يُعَدُّ إلا بعد انقضاء الأوّل، ولا انقضاءَ للأوّل إلا بعدَ استكمالِه، فيكمَّل الأوّلُ من الثاني، وهكذا الثاني مع الثالث، فتعذَّرَ اعتبارُ الأهلَّة في الكُلّ. وعلى هٰذا مدَّة الإيلاء واليمين إذا حَلَفَ لا يفعلُ كذا سنةً، والإجاراتُ ونحوها.

وإذا قالت: انقضت عدَّتي صُدِّقت لأنها أمينةٌ، فإن كذَّبها الزوجُ حَلَفَتْ كالمُودع.

---

(١) في (س): الباقي، والمثبت من (م).

واختلف أصحابُنا في حدِّ الإياس، قال بعضُهم: يُعتبر بأقرانِها[1] من قَرَابتها، وقيل: يُعتبر بتركيبها، لأنه يختلف بالسِّمَن والهُزال. وعن محمد أنه قدَّره بستين سنةً. وعنه في الروميات: خمسٍ وخمسين، وفي المولَّدَات ستين، وقيل: خمسين سنةً، والفتوى على خمسة وخمسين من غير فصل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، وعنه أيضاً ما بين خمسة وخمسين إلى ستين. وذكر محمد في «نوادر الصلاة»: العجوزُ الكبيرةُ إذا رأت الدمَ مدّةَ الحيض فهو حيضٌ إذا لم يكن عن آفةٍ. وقال محمد بنُ مقاتِل الرازيُّ: هٰذا إذا لم يُحكَم بإياسِها، فأما إذا حُكم بإياسِها ثم رأت الدمَ لا يكون حيضاً، وهو الصحيح. المرأة إذا لم تحِضْ أبداً حتى بلغت مبلغاً تحيضُ فيه أمثالُها غالباً حُكِم بإياسِها، وذكر في «الجامع الصغير»: إذا بلغت ثلاثين سنةً ولم تحض حُكم بإياسها.

قال: (ولا يَنبَغي أن تُخطَبَ المُعتَدَّةُ) لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥]، المرادُ به المعتداتُ بالإجماع، لأن الله تعالى نَفَى الجُناح في التعريض وأنه يدلُّ على أن تَرْكه أولى، فيلزمُ كراهةَ التصريح بطريق الأولى.

(ولا بأسَ بالتَّعرِيضِ) لأنه تعالى نفَى الجُناح وإنه دليلُ الإباحة. وروي أنه عليه السلام دخلَ على أمّ سُليم وهي في العدَّةِ فذكر منزلته

---

(١) في (س): بأترابها، والمثبت من (م).

. . . .

من الله تعالى، وهو متحامِلٌ على يدِه، حتى أثَّر الحصيرُ في يدِه من شدّة تحامُلِه عليها[1]. وإنه تعريض. والتعريضُ مثلُ أن يقول: إني فيكِ لراغبٌ، وأودُّ أن أتزوَّجَك، وإن تزوّجتُك لأحسنَنَّ إليكِ، ومثلُكِ مَن يُرغَبُ فيه ويصلُحُ للرجال، ونحوه. وعن النَّخَعي: لا بأس بأن يُهدي إليها ويقوم بشُغْلِها في العِدَّة إن كانت من شأنِه. والتصريحُ قوله: أنكِحُكِ، وأتزوَّجُ بكِ ونحوه، وإنه مكروه، قال تعالى: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: ٢٣٥]، قال عليه السلام: «السِّرُّ: النكاح»[2]،

(١) أخرجه الدارقطني (٣٥٢٨) من طريق عبد الله بن محمد، عن محمد بن الصلت، حدثنا عبد الرحمٰن بن سليمان بن الغسيل، عن عمته سكينة بنت حنظلة قالت: استأذن عليَّ محمد بن علي الباقر ولم تنقض عدتي من مهلك زوجي، فقال: قد عرفتِ قرابتي من رسول الله ﷺ، وقرابتي من علي، وموضعي في العرب، قلت: غفر الله لك يا أبا جعفر، إنك رجل يؤخذ عنك، تخطبني في عدتي، قال: إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله ﷺ، ومن عليٍّ، وقد دخل رسول الله ﷺ على أم سلمة وهي متأيمة من أبي سلمة، فقال: «لقد علمت أني رسول الله ﷺ وخيرته، وموضعي في قومي» كانت تلك خِطْبَتُه. وهو منقطع، فإن محمد بن علي الباقر لم يدرك النبي ﷺ.

وذكره ابن قطلوبغا ص٢٩٨ وعزاه إلى الطحاوي في «الأحكام»، وساقه بسنده ومتنه، وعلته علة سابقة.

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢٦٢ وقال: قلت: غريب. وقال الحافظ ابن حجر في «الدراية» ٢/ ٧٩: لم أجده. وانظر تعليق الزيلعي عليه في «نصب الراية».

فصل

وعلى المُعتَدَّةِ من نِكاحٍ صحيحٍ عن وَفاةٍ وطلاقٍ بائنٍ إذا كانت بالِغةً مسلِمةً حُرَّةً أو أمَةً: الحِدَادُ، . . . .

وهٰذا كلُّه في المبتوتةِ والمتوفَّى عنها زوجُها، أما المطلَّقةُ الرجعيَّةُ فلا يجوز التصريحُ ولا التلويحُ لأن نكاح الأوّلِ قائمٌ على ما بينا.

فصل

(**وعلى المُعتَدَّةِ من نِكاحٍ صحيحٍ عن وَفاةٍ وطلاقٍ بائنٍ إذا كانت بالِغةً مسلِمةً حُرَّةً أو أمَةً: الحِدَادُ**) ويقال: الإحداد. والأصل فيه ما روي أن امرأةً مات عنها زوجُها، فجاءت إلى رسولِ الله ﷺ تستأذِنُه في الانتقال، فقال: «كانت إحداكُنَّ تمكُثُ في شَرِّ أحلاسِها إلى الحَول، أفلا أربعةَ أشهرٍ وعشراً؟»[1] فدلَّ أنه يلزَمُها أن تقيمَ في شَرِّ أحلاسِها أربعةَ أشهرٍ وعشراً. وقال عليه السلام: «لا يحِلُّ لامرأةٍ تؤمنُ بالله واليوم الآخر أن تَحُدَّ على ميتٍ ثلاثةَ أيام فما فوقَها إلا على زوجِها

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا في كتابه «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٩٨ وقال: أقرب الألفاظ إليه وإن خالفه في السبب ما في مسلم. قلنا: هو عند مسلم برقم (١٤٨٨) من طريق زينب بنت أم سَلَمة تحدث عن أمها: أن امرأة تُوفي زوجُها، فخافوا على عينها، فأتوا النبي ﷺ، فاستأذنوه في الكحل، فقال رسول الله ﷺ: «قد كانت إحداكن تكون في شر بيتها في أحلاسها (أو في شر أحلاسها في بيتها) حولاً، فإذا مَرَّ كلب رمت ببعرة فخرجت، أفلا أربعة أشهر وعشراً؟». قلنا وهو عند البخاري برقم (٥٣٣٨). وانظر فيه (٥٣٣٦) و(٥٣٣٧). وانظر حديث أم سلمة في «المسند» (٢٦٥٠١).

وهو: تَرْكُ الطِّيبِ والزّينةِ والكُحْلِ والدُّهْنِ والحِنَّاءِ إلاَّ من عُذْرٍ. . . . . . .

أربعةَ أشهرٍ وعشراً»[1]، وروي أنه عليه السلام نهى المعتدَّةَ أن تختَضِبَ بالحِنَّاء، وقال: «الحِنَّاءُ طِيبٌ»[2]. وأنه عامٌّ في كلِّ معتدةٍ، ولأنه لما حُرِّم عليها النكاحُ في العدَّة أُمرت بتجنُّب الزينةِ حتى لا تكونَ بصفةِ الملتمسةِ للأزواج، وأنه يعمُّ الفصلين، ولأنها وجَبَتْ إظهاراً للتأسُّف على فَوتِ نعمةِ النكاح الذي كان سببَ مَؤُونتِها وكفايتِها من النفقةِ والسُّكنى وغير ذٰلك، وأنه موجودٌ في المبتوتةِ والمتوفى عنها[3].

قال: (وهو: تَرْكُ الطِّيبِ والزّينةِ والكُحْلِ والدُّهْنِ والحِنَّاءِ إلاَّ من عُذْرٍ) لنهيه عليه السلام عن الحِنَّاء، وقوله: «الحِنَّاءُ طِيبٌ»[2]، فدلَّ على أن الطِّيب محظورٌ عليها، ويدخلُ فيه الثوبُ المطيَّبُ والمعصفَرُ والمُزعفَرُ، حتى قالوا: لو كان غسيلاً لا ينفضُّ، جاز، لأنه لم يبقَ له رائحة، فإن لم يكن لها إلا ثوبٌ واحدٌ مصبوغ لا بأسَ به لأنه عُذْرٌ.

---

(١) أخرجه من حديث أم حبيبة البخاري (١٢٨٠)، ومسلم (١٤٨٦)، وهو في «المسند» (٢٦٧٦٥) و«صحيح ابن حبان» (٤٣٠٤).

وانظر حديث عائشة في «المسند» (٢٤٠٩٢) بلفظ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحدُّ على ميت فوق ثلاث إلاّ على زَوْجٍ». وهو صحيح. وانظر تمام أحاديث الباب وتخريجه فيه.

(٢) سلف تخريجه ١/ ٥٠٠.

(٣) بدل: «والمتوفى عنها» في (س): «والمتوفاة»، وما أثبتناه من (م)، وهو الوجه.

ولا تمتشطُ لأنه زينةٌ، فإن كان فالأسنانُ المنفرجةُ دون المضمومةِ، ولا تلبَسُ حُلِيّاً لأنه زينةٌ، ولا تلبَسُ قَصَباً ولا خَزّاً[1] لأنه زينةٌ. وعن أبي يوسف لا بأسَ بالقَصَبَ والخَزّ الأحمر.

فالحاصلُ أن ذٰلك يُلبَس للحاجةِ ويُلبس للزِّينةِ فيُعتَبر القصدُ في لُبْسِه، وقد صحَّ أن النبيّ عليه السلام لم يأذن للمبتوتةِ في الاكتحال[2]، بخلاف حالةِ التداوي لأنه عذرٌ. وكان ضرورةً دون التزيُّن. وكذا إذا خافت من تَرْكِ الدُّهن والكُحْل حدوثَ مرضٍ بأن كانت معتادةً لذٰلك، يباحُ لها ذٰلك.

ولا إحدادَ على صغيرةٍ ولا مجنونةٍ لعدم الخطاب، ولأنها عبادةٌ، حتى لا تجبُ على الكافرةِ، بخلاف الأمَةِ لأنها أهلٌ للعبادات، وليس فيها إبطالُ حقِّ المولى.

وليس في عدَّةِ النكاح الفاسدِ إحدادٌ لأنه لا يُتأسَّفُ على زوالِه، لأنه واجبُ الزوال، ولأنه نِقْمَةٌ وزواله نعمةٌ.

قال: (**ولا تخرُجُ المبتُوتةُ من بيتِها ليلاً ولا نهاراً**) لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق: ١]، ولأن نفقتَها

---

(١) في (س): «قصباء وخزاً»، والمثبت من (م).

والقصب: ثياب من كتان ناعمة، واحدها: قَصَبيّ، على النسبة.

والخَزُّ من الثياب: ما يُنسَج من صوف وإبْرَيْسَم ـ أي حرير ـ، أو ما يُنسَج من إبريسم خالص. «النهاية» (خزز).

(٢) سلف تخريجه في الصفحة ٢٦٢.

والمُعتدَّةُ عن وفاةٍ تَخرُجُ نهاراً وبعضَ اللَّيلِ وتَبِيتُ في منزِلِها، والأمَةُ تَخرُجُ لِحاجَةِ المَولى في العِدَّتَينِ في الوَقتَينِ جميعاً.

وتَعتَدُّ في البَيتِ الذي كانت تَسكُنُه حالَ وُقُوعِ الفُرقَةِ، . . . .

واجبةٌ على الزوج، فلا حاجةَ لها إلى الخروج كالزوجة، حتى لو اختلعت على أن لا نفقةَ لها قيل: تخرجُ نهاراً لمعاشِها، وقيل: لا، وهو الأصحُّ، لأنها هي التي اختارت إسقاطَ نفقتِها، فلا يؤثِّر في إبطالِ حقٍّ عليها، كالمختلعة على أن لا سُكنى لها، لا يجوزُ لها الخروج.

قال: (**والمُعتدَّةُ عن وفاةٍ تَخرُجُ نهاراً وبعضَ اللَّيلِ وتَبِيتُ في منزِلِها**) لأنه لا نفقةَ لها، فتضطُرّ إلى الخروج لإصلاح معاشِها، وربما امتدَّ ذلك إلى الليل. وعن محمد: لا بأس بأن تبيتَ في غيرِ منزلها أقلَّ من نصفِ الليل لما بينا.

(**والأمَةُ تَخرُجُ لِحاجَةِ المَولى في العِدَّتَينِ في الوَقتَينِ جميعاً**) لما في المنع من إبطال حقِّه، وحقُّ العبد مقدَّمٌ على حق الله تعالى، وإن كان المولى بوّأها، لم تخرج ما دامت على ذلك إلا أن يُخرجَها المولى، وكذلك المكاتَبَةُ والكِتابيةُ تخرجُ إلا إذا منعها الزوجُ لصيانةِ مائِه، والمجنونةُ والمعتوهةُ كالذميَّةِ، والصبيةُ تخرجُ لأنها لا يلزمُها العباداتُ ولا حقُّ الزوج، لأنه لحفظِ الولد، ولا ولَدَ إلا في الطلاق الرجعيِّ، فلا تخرجُ إلا بإذنِ الزوج لبقاء الزوجية على ما مرَّ.

(**وتَعتَدُّ في البَيتِ الذي كانت تَسكُنُه حالَ وُقُوعِ الفُرقَةِ**) لأنه البيت المضافُ إليها بقوله تعالى: ﴿مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ لأنه هو الذي تسكنُه، وقال

إلاّ أن يَنهَدِمَ أو تُخرَجَ منه أو لا تَقْدِرَ على أُجرَتِه فتنتَقِلَ. . . . .

عليه السلام للتي قُتِل زوجُها: «اسكُني في بيتِك حتى يبلُغَ الكتابُ أجَلَه»[1].

قال: (**إلاّ أن يَنهَدِمَ أو تُخرَجَ منه أو لا تَقْدِرَ على أُجرَتِه، فتَنتَقِلَ**) لما يلحقُها من الضرر في ذٰلك. أما إذا انهدم فلأن السُّكنى في الخَرِبة لا تأمنُ على نفسها ومالها، ثم قيل: تنتقلُ حيث شاءت إلا أن تكونَ مبتوتةً فتنتقلُ إلى حيث شاء الرجلُ، لأنه المخاطَبُ بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾، وإذا حوَّلها الورثةُ أو صاحبُ المنزل، فهي معذورةٌ في ذٰلك، وروي عن عليّ بن أبي طالب أنه نَقَلَ ابنتَه أمَّ كلثوم لما قُتل عمرُ رضي الله عنه، لأنها كانت في دار الإمارةِ[2][3]. وعائشةُ نَقَلتْ أختَها لما قُتل طلحةُ رضي الله عنهم أجمعين[4] ولو طُلب منها أكثرُ من أجرةِ

---

(١) أخرجه من حديث الفُرَيْعَة بنت مالك بن سنان أبو داود (٢٣٠٠)، وابن ماجه (٢٠٣١)، والترمذي (١٢٠٤)، والنسائي ٦/ ١٩٩-٢٠٠، وهو في «المسند» (٢٧٠٨٧)، و«صحيح ابن حبان» (٤٢٩٢). وهو حديث صحيح.

(٢) تحرفت في (س) إلى الإجارة، والمثبت من (م).

(٣) أخرجه الشافعي في «الأم» ٧/ ١٧٢، وابن أبي شيبة ٥/ ١٨٩، والبيهقي في «السنن» ٧/ ٤٣٦ من طريق سفيان الثوري، عن فراس، عن الشعبي قال: نقل علي رضي الله عنه أم كلثوم بعد قتل عمر بسبع ليال. وانظر ما بعده.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ٥/ ١٨٨ عن جرير بن عبد الحميد، عن منصور، عن الحكم قال: نقل علي أم كلثوم حين قتل عمر، ونقلت عائشة أختها حين قتل طلحة. وانظر ما قبله.

فصل

أَقَلُّ مُدَّةِ الحَمْلِ سِتَّةُ أشهُرٍ، وأكثرُها سَنتَانِ. . . . .

المِثل فلِما يلحقُها من الضرر، وصار كثَمَن الماء للمسافِرِ يجوزُ له التيمم إذا كان بأكثرَ من ثمن المِثل.

ولو أبانها والمنزلُ واحدٌ يَجعل بينَه وبينها سُترةً، وكذلك الورثةُ في الوفاة، فإن لم يجعلوا انتقلت تحرُّزاً عن الفِتنةِ. وإذا كان المطلِّقُ غائباً وطلب أهلُ المنزل الأجرةَ أعطتهم بإذن القاضي ويصيرُ دَيناً على الزوج.

فصل

(أَقَلُّ مُدَّةِ الحَمْلِ سِتَّةُ أشهُرٍ) لما روي أن رجلاً تزوَّج امرأةً، فجاءت بولدٍ لستةِ أشهر، فهَمَّ عثمانُ برجمِها، فقال ابنُ عباس: لو خاصَمَتْكم بكتاب الله لخَصَمَتْكم، فإن الله تعالى يقول: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، وقال: ﴿۞وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فبقي لمدَّةِ الحمل ستةُ أشهر[1].

قال: (وأكثرُها سَنتَانِ) لما روي عن عائشةَ أنها قالت: لا يبقَى

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٣٤٦) وإسناده صحيح، وانظر فيه (١٣٤٤٧)، وانظر سعيد بن منصور في «سننه» (٢٠٧٥)، والبيهقي في «السنن» ٧/ ٤٤٢.

وإذا أقَرَّتْ بانقِضَاءِ العِدَّةِ ثُمَّ جاءَتْ بوَلَدٍ لأقَلَّ من ستَّةِ أشهُرٍ ثَبَتَ نَسَبُه، ولسِتَّةِ أشهُرٍ لا . . . .

الولدُ في رَحِمِ أمِّه أكثرَ من سنتين، ولو بفَرْكَةِ مِغْزَل[1]، وذٰلك لا يُعرَف إلا توقيفاً، إذ ليس للعقل فيه مجال، فكأنها رَوَتْه عن النبيِّ ﷺ.

قال: (**وإذا أقَرَّتْ بانقِضَاءِ العِدَّةِ ثُمَّ جاءَتْ بوَلَدٍ لأقَلَّ من ستَّةِ أشهُرٍ ثَبَتَ نَسَبُه**) لأنه ظَهَر كذِبُها بيقينٍ، فصار كأنها لم تُقِرَّ به.

(**و**) إن جاءت به (**لسِتَّةِ أشهُرٍ لا**) يثبتُ، لأنه لم يظهر كذِبُها، فيكون من حملٍ حادثٍ بعدَه، فلا يثبتُ نسبُه.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣٨٧٧)، ومن طريقه البيهقي ٧/ ٤٤٣ من طريق محمد بن مخلد، عن أبي العباس أحمد بن محمد بن بكر، عن داود بن رشيد قال: سمعت الوليد بن مسلم يقول: قلت لمالك بن أنس: إني حدثت عن عائشة أنها قالت: لا تزيد المرأة في حملها على سنتين، قدر ظل المغزل، فقال: سبحان الله من يقول هٰذا؟ هٰذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة، تحمل كل بطن أربع سنين.

وأخرج الدارقطني (٣٨٧٤) و(٣٨٧٥)، والبيهقي ٧/ ٤٤٣ من طريق ابن جريج، عن جميلة بنت سعد، عن عائشة قالت ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين، ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل.

والأطباء في عصرنا يقولون: لا يبقى الطفل في رحم أمه أكثر من تسعة أشهر وكسراً، وإذا لم يخرج في غضون الشهر العاشر فإنه يموت.

ويَثبُتُ نَسَبُ ولدِ المُطَلَّقةِ الرَّجعِيَّةِ وإن جاءَتْ به لأكثرَ من سنتين ما لم تُقرَّ بانقضاء العدّةِ، فإن جاءتْ به لأقلَ من سَنَتين بانَتْ، ويثبتُ النسبُ، ولا يَصِيرُ مُراجِعاً، وإنْ جاءَتْ بِهِ لسَنتَينِ أو أكثرَ كان رَجعَةً. ويَثبُتُ نَسَبُ ولدِ المَبتوتَةِ والمُتوَفَّى عنها زَوجُها لأقَلّ من سَنتَينِ، ولا يَثبُتُ لأكثرَ من ذٰلك إلاّ أن يَدَّعِيَه (ز). . . . .

قال: (ويَثبُتُ نَسَبُ ولدِ المُطَلَّقةِ الرَّجعِيَّةِ وإن جاءَتْ به لأكثرَ من سنتين ما لم تُقرَّ بانقضاء العدّةِ) لاحتمال الوَطْءِ والعُلوق في العدَّةِ، لجواز أن تكون ممتدَّةَ الطُّهر.

(فإن جاءتْ به لأقلَ من سَنَتين بانَتْ) لانقضاء العدّةِ (ويثبتُ النسبُ) لوجودِ العُلوق في النكاحِ أو في العدّةِ (ولا يَصِيرُ مُراجِعاً) لأنه يحتملُ العُلوقَ قبلَ الطلاق، ويحتملُ بعدَه، فلا يصيرُ مراجِعاً بالشَّكِّ.

(وإنْ جاءَتْ بِهِ لسَنتَينِ أو أكثرَ كان رَجعَةً) لأن العُلوق بعد الطلاق، والظاهرُ أنه منه وأنه وَطِئها في العدَّةِ حملاً لحالِهما على الأحسنِ والأصلحِ.

قال: (ويَثبُتُ نَسَبُ ولدِ المَبتوتَةِ والمُتوَفَّى عنها زَوجُها لأقَلّ من سَنتَينِ) لاحتمال أن الحملَ كان قائماً وقتَ الطلاق، فلا يكونُ الفِراشُ زائلاً بيقين، فيثبُتُ النسبُ احتياطاً.

(ولا يَثبُتُ لأكثرَ من ذٰلكَ إلاّ أن يَدَّعِيَه) لأنا تيقّنا بحُدوث الحَمْل بعد الطلاق، فلا يكونُ منه إلا أن يدَّعيَه، فيُجعل كأنه وَطِئها بشبهةِ العدَّةِ. وقال زفر: في عدَّةِ الوفاة إذا جاءت به بعدَ انقضائِها لستةِ أشهرٍ

ولا يَثبُتُ نَسَبُ ولدِ المُعتَدَّةِ إلاّ بشهادةِ رَجُلينِ (سم)، أو رَجُلٍ وامرأَتين، أو حَبَلٍ ظاهرٍ، أو اعتِرافِ الزَّوجِ، أو تَصديقِ الوَرَثَةِ. ولا يَثبُتُ نَسَبُ ولدِ المُطلَّقةِ الصَّغيرةِ رَجعِيَّةً (س) كانت أو مَبتُوتةً (س) إلاَّ أن تأتي به لأقَلَّ من تِسعَةِ أشهُرٍ، وفي عِدَّةِ الوفاةِ لأقَلّ من عَشْرةِ أشهُرٍ وعشْرةِ أيَّامٍ بِساعةٍ.

لا يثبُتُ، لأن الشرعَ حَكَم بانقضائها بالأشهُر، فصار كإقرارها. وجوابُه أن لانقضاء العدَّةِ وجهاً آخرَ وهو وضعُ الحملِ، بخلافِ الصغيرةِ لأن الأصل عدمُ الحملِ فيها لعدم المحليَّة، فوقع الشَّكُّ في البلوغ.

قال: (ولا يَثبُتُ نَسَبُ ولدِ المُعتَدَّةِ إلاّ بشهادةِ رَجُلينِ، أو رَجُلٍ وامرأَتين، أو حَبَلٍ ظاهرٍ، أو اعتِرافِ الزَّوجِ، أو تَصديقِ الوَرَثَةِ) وقالا: يثبتُ بشهادةِ امرأةٍ واحدةٍ، لأن الفِراش قائمٌ لقيام العِدَّة، وهو ملزِمٌ للنسب، كقيام النكاح. ولأبي حنيفة: أنها لو أقرَّت بوضع الحَمْل انقضتِ العدةُ، والمنقضي لا يكون حجةً فيحتاج إلى إثبات النسبِ، فلا بدَّ من حُجَّةٍ كاملةٍ. أما إذا ظهر الحملُ أو اعترَف به الزوجُ فالنسبُ ثابتٌ قبلَ الولادةِ والحاجةِ إلى التعيين، وأنه يثبتُ بشهادَتِها، وكذا إذا اعترفَ به الورثةُ بعدَ الموت. وهٰذا في حقِّ الإرثِ ظاهرٌ لأنه حقُّهم. وأما النسبُ فإن كانوا من أهل الشهادةِ يثبتُ بشهادتِهم، وإلا يثبتُ في حقِّهم باعترافهم، ويثبتُ في حقِّ غيرِهم تَبَعاً للثبوت في حقِّهم.

قال: (ولا يَثبُتُ نَسَبُ ولدِ المُطلَّقةِ الصَّغيرةِ رَجعِيَّةً كانت أو مَبتُوتةً إلاَّ أن تأتي به لأقَلَّ من تِسعَةِ أشهُرٍ، وفي عِدَّةِ الوفاةِ لأقَلّ من عَشْرةِ أشهُرٍ وعشْرةِ أيَّامٍ بِساعةٍ) وقال أبو يوسف في المبتوتة: يثبتُ إلى

ولو قال: لها: إن وَلَدتِ فأنتِ طالِقٌ، فشَهِدَتِ امرأةٌ بالولادةِ لم تَطْلُقْ (سم)، وإن اعترَفَ بالحَبَلِ تَطلُقُ بمُجَرَّدِ قولِها (سم). . . . .

سنتين، لأنها معتدةٌ لم تُقِرَّ بانقضاء العدَّةِ، ويُحتمل أن تكون حاملاً وصارت كالبالغةِ. ولهما: أنه تعيَّن لانقضاء عدَّتها جهةٌ واحدةٌ وهي الأشهر، فإذا مَضَتْ حَكَمَ الشرعُ بانقضائِها، وهو أقوى من الإقرارِ لاحتمال الخُلْفِ في الإقرار دونَه، وأما الرجعيُّ، قال أبو يوسف: يثبتُ إلى سبعةٍ وعشرين شهراً، لأنه يُجعَل واطئاً في آخرِ العدّة وهي ثلاثةُ أشهرٍ، ثم تأتي به لأكثرَ مدةِ الحَمْل وهي سنتان.

ولو ادَّعتْ الصغيرةُ الحبَلَ في العدّةِ فهي كالكبيرةِ في الحُكم لأنه يثبت بلوغُها بإقرارِها.

(**ولو قال: لها: إن وَلَدتِ فأنتِ طالِقٌ، فشَهِدَتِ امرأةٌ بالولادةِ لم تَطْلُقْ**) وقال: تطلقُ، لقوله عليه السلام: «شهادةُ النساء جائزةٌ فيما لا يطَّلعُ عليه الرجالُ»[1]، فكانت شهادتُها حجةً في الولادة، فتكون حجةً فيما يُبتنى عليه وهو الطلاقُ. ولأبي حنيفة: أنها ادَّعت على زوجِها الحِنْثَ، فلا يثبتُ إلا ببيِّنةٍ كاملةٍ، وشهادتُها ضروريةٌ في الولادة، فلا تتعدَّى إلى الطلاق، لأنه ينفكُّ عنه.

قال: (**وإن اعترَفَ بالحَبَلِ تَطلُقُ بمُجَرَّدِ قولِها**) وقالا: لا بدَّ من شهادةِ امرأةٍ تشهدُ بالولادةِ، لأنها ادَّعت، فلا بدَّ من حجةٍ. وله: أنه أقرَّ

---

(١) لم يرد في المرفوع، وإنما جاءت آثار عن الصحابة والتابعين سلف تخريجها في ٢/ ٣٤١.

ولو قال لأمَتِه: إن كان في بَطنِكِ وَلَدٌ فهو مِنِّي، فشَهِدَتِ امرأةٌ بالولادةِ فهي أمُّ ولدِهِ.

باب النفقة

. . . .

بالحَبَل فيكون إقراراً بالولادةِ، لأنه يُفضي إليه، ولأنه أقرَّ بكونها أمينةً، فيُقبَل قولُها في ردِّ الأمانة.

قال: (**ولو قال لأمَتِه: إن كان في بَطنِكِ وَلَدٌ فهو مِنِّي، فشَهِدَتِ امرأةٌ بالولادةِ فهي أمُّ ولدِهِ**) لأن الحاجةَ إلى تعيين الولدِ، وإنه يثبتُ بالقابلةِ إجماعاً، والله أعلم.

باب النَّفَقة

الأصلُ في وجوبها قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، ثم قال: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧]، وقرأ ابن مسعود: «أسكِنوهُنَّ من حيثُ سكنتُم وأنفِقوا عليهنَّ من وُجْدِكم»[1] وقراءتُه كروايتِه عن رسول الله ﷺ، وقال تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقال: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣٤]، ثم قال: ﴿وَبِمَآ

---

(١) وهي قراءة شاذة ذكرها الشهاب الخفاجي في «حاشيته على تفسير البيضاوي» ٨/ ٢٠٨، والألوسي في «روح المعاني» ٢٨/ ١٣٩، وانظر «معجم القراءات» للخطيب ٩/ ٥٠٧.

وتجِبُ لِلزّوجَةِ على زَوجِها إذا سَلَّمَتْ إليهِ نفسَها في مَنزِله: نَفَقَتُها وكِسْوتُها وسُكْناها، . . . .

﴿أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾، وروى أبو حُرَّة[1] الرَّقَاشي عن عمِّه قال: كنت آخِذاً بزِمام ناقةِ رسولِ الله ﷺ أوسَطَ أيامِ التشريق، أذودُ عنه[2] الناسَ فقال: «اتقوا الله في النساء» وذكر الحديث إلى أن قال: «ولهُنَّ عليكم رِزْقُهنَّ وكِسْوتُهنَّ بالمعروف»[3]، وقال عليه السلام لهندٍ امرأةِ أبي سفيان: «خذي من مالِ أبي سفيان ما يَكفيكِ ووَلَدَكِ بالمعروف»[4]، ولولا وجوبها عليه لما أمَرَها بذٰلك.

وسببُ وجوبها: احتباسُها عند الزوج إذا كان يتهيّأ له الاستمتاعُ بها وطئاً أو دواعيَه، أو التحصينُ لمائِه بعدَ زوال النكاح، لأنها لمَّا صارت محتبسة عندَه في حقِّه عجَزَتْ عن الاكتساب والإنفاق على نفسِها، فلو لم تستحقَّ النفقةَ عليه لماتت جوعاً.

وقال: (**وتجِبُ لِلزّوجَةِ على زَوجِها إذا سَلَّمَتْ إليهِ نَفسَها في مَنزِله: نَفَقَتُها وكِسْوتُها وسُكْناها**) لما مرّ من الدلائل.

---

(١) تحرف في «الأصلين» إلى أبي حمزة، والصواب ما أثبتنا كما في مصادر ترجمته ومصادر التخريج.

(٢) تحرفت في الأصول الخطيَّة والمطبوعة إلى «إذ ودَّعَهُ الناسُ».

(٣) أخرجه من هٰذا الطريق أحمد في «مسنده» (٢٠٦٩٥) ضمن حديث مطول. وهو صحيح لغيره. ويشهد له، حديث جابر الطويل عند مسلم (١٢١٨) في الحج، وفيه: «اتقوا الله في النساء. . .» الحديث.

(٤) أخرجه البخاري (٢٢١١)، ومسلم (١٧١٤)، وهو في «المسند» (٢٤١١٧)، و«صحيح ابن حبان» (٤٢٥٥).

تُعْتَبرُ بقَدْرِ حاله، وهو مقدَّرٌ بكفايتِها بلا تَقتيرٍ ولا إسرافٍ. ويُفرَضُ لها نَفَقَةٌ كُلَّ شهرٍ وتُسَلَّمُ إليها، والكِسْوةُ كُلَّ سِتَّةِ أشهرٍ، . . . .

(**تُعْتَبرُ بقَدْرِ حاله**) لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧]، كذا اختاره الكَرْخيُّ، واختار الخَصَّافُ الاعتبارَ بحالِهما، فإن كانا مُوسِرَين لها نفقةُ الموسِر، وإن كانا معسِرَين فنفقةُ المعسِر، وإن كانت موسرةً وهو معسرٌ فلها فوق نفقةِ المعسِرة[١]، وإن كان بالعكس فدون نفقةِ الموسرةِ، وإن كان أحدُهما مفرِطاً في اليسار والآخرُ مفرِطاً في الإعسار يُقضَى عليه بنفقةِ الوَسَط، والقول قولُه في إعسارِه في حقِّ النفقةِ، لأنه منكِرٌ، والبينةُ بينتُها لأنها مدَّعيةٌ.

قال: (**وهو مُقدَّرٌ بكفايتِها بلا تَقتيرٍ ولا إسرافٍ**) لما تقدّم من حديث هندٍ، وليس فيها تقديرٌ لازم لاختلاف ذٰلك باختلاف الأوقات والطِّباع والرُّخْص والغَلاء. والوَسَطُ: خبزُ البُرِّ والإدامُ بقَدْر كفايتِها.

(**ويُفرَضُ لها نَفَقَةٌ كُلَّ شهرٍ، وتُسَلَّمُ إليها**) لأنه يتعذَّرُ القضاءُ بها كلَّ ساعة، ويتعذَّر لجميع المدةِ، فقدَّرناه بالشهر لأنه الوَسَطُ، وهو أقربُ الآجال.

(**والكِسْوةُ كُلَّ سِتَّةِ أشهرٍ**) لأنه يحتاج إليها في كلِّ ستةِ أشهرٍ باختلاف البرد والحَرِّ. وللزوج أن يلي الإنفاقَ بنفسِه، إلا أن يظهرَ عند القاضي أنه لا يُنفِقُ عليها، فيفرضُ لها كلَّ شهر ما بيناه. ويُقدِّرُ النفقةَ

---

(١) في (س): المعسر، والمثبت من (م).

بقَدْر الغلاء والرُّخْص في كلِّ وقت، ولا يقدِّره بالدراهم والدنانير. ولو صالحتْه من النفقةِ على ما لا يكفيها، كَمَّلها القاضي إن طلبت ذٰلك، وإن كان الرجلُ صاحبَ مائدةٍ لا يَفرِضُ عليه النفقةَ ويَفرضُ الكِسوةَ.

قال: (**ويُفرَضُ لها نَفَقَةُ خادِمٍ واحدٍ**) وليس له أن يعطيَها من خَدَمِه من يَخدُمُها بغير رضاها. وقال أبو يوسف: يفرضُ لخادِمَين لأنها تحتاجُ إلى أحدِهما لداخل البيت والآخرِ لخارجِه. ولهما: أن الواحد يكفي لذٰلك، فلا حاجةَ إلى اثنين، حتى قيل: لو أكفاها بنفسِه لم يلزَمْه نفقةُ خادم، وقيل: إن كانت من بنات الأشراف فلها نفقةُ خادِمَين أحدُهما للخدمةِ والآخرُ للرسالةِ وأمورِ خارج البيت. وروى الحسن عن أبي حنيفةَ: إن كان الزوجُ معسِراً لا يُفرضُ لها نفقةُ خادم أصلاً، وإن لم يكن لها خادمٌ لا يُفرضُ لها نفقة خادم، وكذا إذا كانت فقيرةً وتخدُم نفسَها، رواه الحسن عن أبي حنيفة. وكِسْوةُ الصيف قميصٌ ومَقْنَعةٌ ومِلْحَفةٌ، وفي الشتاء مع ذٰلك جُبَّةٌ وسَراويلُ على قَدْر حاله، وعلى الموسِرِ: درعٌ سابوريٌّ وخمارُ إبريسم ومِلْحفةُ كتَّان، وتُزادُ في الشتاء جبةٌ ولحافٌ. وإن طَلَبتْ فِراشاً تنامُ عليه لها ذٰلك، لأن النومَ على الأرض ربما يؤذيها ويُمرِضُها، وما تغطَّى به دفعاً للبرد والحر، ويختلف ذٰلك باختلافِ العادات والبقاع، ولخادِمِها قميصُ كِرْباسٍ وإزارٌ في الصيف، وفي الشتاء قميصٌ وإزارٌ وجُبَّةٌ وكِساءٌ وخُفَّان، فإن امتنعت الخادمةُ عن الخدمةِ لا نفقةَ لها، لأنها مقابلةٌ بالخدمة، بخلاف الزوجةِ لأنها مقابلةٌ بالحَبْس لا غير.

فإن نَشَزَتِ المرأةُ فلا نَفَقَةَ لها، وإنْ مَنَعَتْ نَفسَها حتَّى يُوَفِّيها مَهرَها فلَها النفَّقةُ، ولو كانت كبيرةً والزَّوجُ صغيرٌ فلها النَّفقةُ، . . . .

ولا تُجبَرُ المرأةُ على الطبخ والخَبْز إذا امتنعت، ويأتيها بمن يخبزُ ويطبُخُ، لأن الواجب عليه الطعام، قالوا: وهٰذا إذا كانت لا تقدِرُ على ذٰلك، أو كانت من بنات الأشراف، وإن كانت تقدِرُ وتخدُمُ نفسَها تُجبَرُ عليه لأنها متعنتةٌ.

قال: (**فإن نَشَزَتِ المرأةُ فلا نَفَقَةَ لها**) لما روي أن فاطمةَ بنتَ قيس نَشَزَتْ على أحمائِها، فنقلها ﷺ إلى بيت ابنِ أُمِّ مكتوم ولم يجعلْ لها نفقةً ولا سُكنى[1]. ولأن الموجبَ للنفقةِ الاحتباسُ وقد زال، بخلاف ما إذا امتَنَعَتْ من التمكين، لأنه لا يفوتُ الاحتباسُ، وهو يقدِرُ عليه كُرْهاً، فإن عادت إلى منزلِه عادت النفقةُ لِعَود الاحتباس.

(**وإنْ مَنَعَتْ نَفسَها حتَّى يُوَفِّيها مَهرَها فلَها النفَّقةُ**) لأن لها الامتناعَ لتستوفي حقَّها، فلو سقطت النفقةُ تتضرَّرُ، والضررُ يجبُ إلحاقُه

---

(١) أخرج الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٣/ ٦٩، والبيهقي ٧/ ٤٣٣ من طريق أبي معاوية الضرير، عن عمرو بن ميمون، عن أبيه، قال: قلت لسعيد بن المسيب: أين تعتد المطلقة ثلاثاً؟ فقال: في بيتها، فقلت له: أليس قد أمر رسول الله ﷺ فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم؟ فقال: تلك المرأة افتتنت الناسَ، واستطالت على أحمائها بلسانها، فأمرها رسولُ الله ﷺ أن تعتد في بيت أم مكتوم، وكان رجلاً مكفوف البصر.

وحديث فاطمة أنه ﷺ أمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم، وأن ليس لها نفقة ولا سكنى، أخرجه مسلم (١٤٨٠)، وهو في «المسند» (٢٧٣٢٣) و(٢٧٣٢٦) و«صحيح ابن حبان» (٤٢٥١) و(٤٢٥٢).

ولو كانت كبيرةً والزَّوجُ صغيرٌ فلها النَّفقةُ، وبالعَكسِ لا، ولو كانا صَغيرَينَ فلا نَفَقَةَ لها. . . . .

بالزوج الظالم الممتنِع عن إيفاء حقِّها، ولأن المنع بسببٍ من جهتِه، فصار كالعَدَم، وسواءٌ كان قبل الدخول أو بعدَه، وقالا: إن كان بعدَ الدخول فلا نفقةَ لها، لأنها سلَّمت المعوَّضَ، فليس لها أن تمنَعَه لقبض العِوَض، كالبائع إذا سلَّم المبيع. ولأبي حنيفة: أنها سلَّمت بعض المعوَّض[1] لأن المهرَ مُقابلٌ بجميع الوَطْآت على ما تقرَّر في كتاب النكاح، والبائـعُ إذا سَلَّم بعضَ المَبيع لـه حبسُ الباقي، كذا هٰذا.

(**ولو كانت كبيرةً والزَّوجُ صغيرٌ فلها النَّفقةُ، وبالعَكسِ لا**) أما الأوّلُ فلأنها سلَّمت نفسَها، والعجزُ من جهتِه، وصار كالمجبوبِ والعِنِّين، وأما الثاني فالمرأة صغيرةٌ لا يُستَمْتَعُ بها، لأن المراد من الاحتباس ما يكونُ وسيلةً إلى المقصود من النكاح، وأنه ممتَنِعُ بسببٍ منها، فصار كالعدم.

(**ولو كانا صَغيرَينَ فلا نَفَقَةَ لها**) لما مرَّ.

ولو سكن داراً غصْباً فامتَنَعت أن تسكنَ معه فليست بناشزةٍ، لأنها امتنعت بحقٍّ. وإن كانت ساكنةً في دارِها فمنعتْه من دخولها وقالت: حوِّلْني إلى منزلِكَ أو اكترِ[2] لي داراً فلها النفقةُ لما بينا.

---

(١) في (س): العوض، والمثبت من (م).

(٢) اكتَرِ: فعل أمر من اكترَى، أي: استأجر.

ولو حَجَّتْ أو حُبِسَتْ بِدَينٍ أو غَصَبها غاصِبٌ فذَهَبَ بها فلا نَفَقَةَ لها، وإن حَجَّ معها فلها نَفَقَةُ الحَضَرِ. وإن مَرِضَتْ في منزلِه فلها النّفَقةُ. ولِلأَمَةِ والمُدبَّرةِ وأُمِّ الولدِ النَّفَقةُ إن بَوَّأها مولاها بيتَ الزَّوجِ وإلاَّ فلا، . . . .

قال: (**ولو حَجَّتْ أو حُبِسَتْ بِدَينٍ أو غَصَبها غاصِبٌ فذَهَبَ بها، فلا نَفَقَةَ لها**) لزوال الاحتباس لا من جهتِه. وعن أبي يوسف أن الحجَّ الفرضَ لا يُسقِطُ النفقةَ، ذكره في «الأمالي»، لأنه عذرٌ، لكن تجبُ نفقةُ الحَضَر لأنها المستحَّقةُ، فيعطيها نفقةَ شهرٍ والباقي إذا رجعت.

(**وإن حَجَّ معها فلها نَفَقَةُ الحَضَرِ**) لأنها كالمقيمةِ في منزلِه، ولا يجبُ عليه الكِراءُ.

(**وإن مَرِضَتْ في منزلِه فلها النّفَقَةُ**) وكذلك إذا جاءت إليه مريضةً، لأن الاحتباس موجودٌ، فإنه يَستأنسُ بها، وتحفظُ متاعَه، ويَستمتِعُ بها لَمْساً وغيرَه، ومنعُ الوطءِ لعارِضٍ كالحيضِ والنِّفاس، والقياسُ أن لا نفقةَ لها إذا كان مرضاً يمنعُ الجِماع كالصغيرةِ. وعن أبي يوسف: إن مرِضَتْ عندَه لها النفقةُ، لأنه صحَّ التسليمُ، ولو سُلِّمت إليه مريضةً لا نفقةَ لها، لأن التسليم ما صحَّ، وقوله: مرضَتْ في منزلِه إشارةٌ إليه، وإذا طالبَتْه بالنفقةِ قبل أن يحوِّلَها إلى منزله وهي بالغةٌ فلها النفقةُ إذا لم يطالبْها بالنَّقْلةِ، لأن النقلةَ حقُّه، والنفقةَ حقُّها، فلا يسقُطُ حقُّها بتركِه حقَّه، فإن طالبها بالنقلةِ فامتنعتْ فلا نفقةَ لها إلا أن يكون بحقٍّ على ما بينا.

قال: (**وللأَمَةِ والمُدبَّرةِ وأُمِّ الولدِ النَّفَقةُ إن بَوَّأها مولاها بيتَ الزَّوجِ**) لوجود الاحتباس (**وإلاَّ فلا**) لعدمه.

فإن بَوَّأها ثُمَّ استَخدمَها سَقطَتْ.

ومَن أعسَرَ بالنَّفَقةِ لم يُفرَّقْ بينهما، وتُؤمَرُ بالاستِدانَةِ، وإذا قُضِيَ لها بنَفَقَةِ الإعسارِ ثُمَّ أيسَرَ تَمَّمَ لها نَفَقَةَ المُوسِرِ، وإذا مَضَتْ مُدَّةٌ ولم يُنفِقْ عليها سَقطَتْ، إلاَّ أن يكون قُضِيَ بها أو صالَحتْه على مِقدارِها، . . . .

(فإن بَوَّأها ثُمَّ استَخدمَها سَقطَتْ) النفقةُ لفوات الاحتباس.

قال: (ومَن أعسَرَ بالنَّفَقةِ لم يُفرَّقْ بينهما، وتُؤمَرُ بالاستِدانَةِ) لتُحيلَ عليه، لأن في التفريق إبطالَ حقِّه، وفي الاستدانةِ تأخيرَ حقِّها، والإبطالُ أضرُّ، فكان دفعُه أولى، فإذا فَرَض لها القاضي وأمرَها بالاستدانةِ صارت دَيناً عليه، فيتمكَّنُ من الإحالةِ عليه والرجوعِ في تركتِه لو مات، ولو استدانَتْ بغيرِ أمرِ القاضي تكونُ المطالَبَةُ عليها، ولا يمكنُها الإحالةُ عليه، ولا ترجع في تركتِه لأنها لا ولايةَ لها عليه، فلهٰذا قال: تُؤمرُ بالاستدانةِ عليه، ومعنى الاستدانة: أن تشتريَ بالدَّين.

قال: (وإذا قُضِيَ لها بنَفَقةِ الإعسارِ ثُمَّ أيسَرَ تَمَّمَ لها نَفَقةَ المُوسِرِ) لأنها تختلف باختلافِ الأحوال، وما فُرِض تقديرٌ لنفقةٍ لم تجب بعدُ، فإذا تبدَّلتْ حالُه، لها المطالبةُ بقَدرِها، وكذٰلك لو قُضي لها بنفقةِ اليسار، ثم أعسَرَ فُرِض لها نفقةُ المُعسِر لما بينا.

قال: (وإذا مَضَتْ مُدَّةٌ ولم يُنفِقْ عليها سَقطَتْ إلاَّ أن يكون قُضِيَ بها، أو صالَحتْه على مِقدارِها) فيُقضَى لها بنفقةِ ما مضَى، لأن النفقةَ لم تجبْ عِوَضاً عن البُضْع، لأن المهرَ وَجَبَ عِوَضاً عنه، والعقدُ الواحدُ لا يوجِبُ عِوَضين عن شيءٍ واحد، ولا عوضاً عن الاستمتاع، لأن

فإذا ماتَ أحدُهما بعدَ القضاءِ أو الاصطِلاحِ قَبْلَ القَبضِ سَقَطَتْ، وإن أسلَفَها النَّفَقَةَ أو الكِسوَةَ ثُمَّ ماتَ أحدُهما لم يَرجِعْ بشيءٍ. وإذا كان لِلغائبِ مالٌ حاضرٌ في منزِله أو وَديعَةٌ أو مُضارَبةٌ أو دَينٌ، وعَلِمَ القاضي به وبالنكّاح، أو اعترَفَ بهما مَنِ المالُ في يَدِه ....

الاستمتاعَ تصرُّفٌ في مُلْكِه، والإنسانُ لا يجبُ عليه شيءٌ بالتصرُّف في مُلْكِه، فبقي وجوبُه جزاءً عن الاحتباس صلةً ورِزقاً لا عِوضاً، لأن الله تعالى سمَّاه رزقاً بقوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، والرزق اسمٌ لما يُذكر صلةً، والصلاتُ لا تُملَكُ إلا بالتسليم حقيقةً، أو بقضاءِ القاضي كما في الهبةِ، أو بالتزامِه بالتراضي، لأن لما لزِمَه بقضاء القاضي فلأن يلزَمَه بالتزامِه كان أولى، لأن ولايتَه على نفسِه أقوى.

قال: (**فإذا ماتَ أحدُهما بعدَ القضاءِ أو الاصطِلاحِ قَبْلَ القَبضِ سَقَطَتْ**) لما بينا أنها صلةٌ، والصلةُ تسقطُ بالموت، كالهبةِ قبلَ القبض.

قال: (**وإن أسلَفَها النَّفَقَةَ أو الكِسوَةَ ثُمَّ ماتَ أحدُهما لم يَرجِعْ بشيءٍ**) وقال محمد: يَحتسبُ لها نفقةَ ما مضى، وما بقي للزوج، لأنها استعجلتْ عِوَضاً عما تستحقُّه عليه بالاحتباس، وقد بطل استحقاقُها بالموت، فيبطلُ من العِوَضِ بقدرِه. ولهما ما بينا أنها صلةٌ، وقد اتصل القبضُ بها، فيبطلُ الرجوعُ بالموت، كما في الهبة، ألا ترى أنها لو هَلَكَتْ من غير استهلاكٍ لا يرجعُ بشيءٍ بالإجماع.

قال: (**وإذا كان لِلغائبِ مالٌ حاضرٌ في منزِله أو وَديعَةٌ أو مُضارَبةٌ أو دَينٌ، وعَلِمَ القاضي به وبالنكّاح، أو اعترَفَ بهما مَنِ المالُ في يَدِه**،

يَفْرِضُ فيه نَفَقَةَ زَوجَتِه ووالِدَيهِ ووَلَدِه الصَّغيرِ، وهٰذا إذا كانَ المالُ مِنْ جنسِ النَّفَقةِ، . . . .

يفْرِضُ فيه نَفَقَةَ زَوجَتِه ووالِدَيهِ ووَلَدِه الصَّغيرِ) لأن الذي في يده المالُ أو عليه لمَّا أقرَّ بالزوجية، فقد أقرَّ بثبوت حقِّها فيه، لأن لها أن تأخذَ من مالِ زوجها حقَّها من غير رضاه، وإقرارُ صاحب اليدِ في حقِّ نفسِه صحيحٌ، فيقضي القاضي عليه باعترافِه، فيقعُ القضاءُ عليه أوّلاً، ثم يسري إلى الغائبِ، بخلاف ما إذا جَحَدَ أحدَ الأمرين، لأنه إن جَحَدَ الزوجيَّةَ لا تُسمَعُ البينةُ عليه، لأنه ليس بخصمٍ في الزوجية، وإن جَحَدَ المالَ فهي ليست خَصْماً في إثباتِه، وعِلْمُ القاضي حُجةٌ يجوز له القضاءُ به في محلِّ ولايتِه على ما عُرف.

ونفقة الوالدَين والولدِ الصغير كنفقةِ الزوجة، لأنها تجبُ بغير قضاءٍ، بخلاف غيرِهم من الأقارب، حيث لا تجبُ نفقتُهم إلا بالقضاءِ، لِمَا أن وجوبها مختَلَفٌ فيه.

قال: (وهٰذا إذا كانَ المالُ مِنْ جنسِ النَّفَقَةِ) كالدراهمِ والدنانيرِ والطعامِ والكِسْوةِ، لأن لها أن تأخذَه بغير رضاه، أما إذا كان من خِلاف جنسِها لا يُفرَضُ فيه النفقةُ، لأنه يحتاج إلى بيعِه، ولا بيعَ على الغائب. أما عند أبي حنيفة: فلأنه لا يُباع على الحاضرِ، فكذا على الغائب. وأما عندهما: فلأنه إنما يُباع على الحاضرِ لظهورِ ظُلمِه بامتناعه، ولا كذٰلك في الغائب.

ويُحَلِّفُها أنها ما أخَذَتها، ويأخُذُ منها كَفيلاً بها. وإنْ لم يَعلَمِ القاضي بذٰلكَ وأنكَرَ مَن في يدِه المَالُ الزَّوجِيَّةَ أو المالَ، لم تُقْبَلْ بيِّنَتُها عليه. وعليه أن يُسكِنَها داراً مُفرَدةً ليس فيها أحدٌ من أهلِه. . . . .

قال: (**ويُحَلِّفُها أنها ما أخَذَتها، ويأخُذُ منها كَفيلاً بها**) نظراً للغائب واحتياطاً له، لاحتمال حضورِه، فيقيم البيِّنةَ على الطلاق أو على أنه أسلَفَها.

(**وإنْ لم يَعْلَم القاضي بذٰلكَ، وأنكرَ مَن في يدِه المَالُ الزَّوجِيَّةَ أو المالَ، لم تُقْبَلْ بيِّنَتُها عليه**) لما بينا.

وإن لم يكن له مالٌ، وأرادت أن تقيم البينةَ على الزوجيَّة ليفرِضَ لها القاضي النفقةَ ويأمرَها بالاستدانةِ عليه، لا تُقبَلُ، لأنه قضاءٌ على الغائب. وقال زفر: تُقبلُ ويُقضَى بالنفقةِ، واستحسنوا ذٰلك للحاجةِ، وعليه القُضاةُ اليومَ، وهو مجتَهَدٌ فيه فينفُذُ.

قال: (**وعليه أن يُسكِنَها داراً مُفرَدةً ليس فيها أحدٌ من أهلِه**) أما وجوبُ السُّكنى فلأنها من الحوائج الأصليةِ وهي من الكفايةِ، فتجبُ كالطعامِ والشرابِ، وقد قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فكان واجباً حقّاً لها، وتكونُ بين قومٍ صالحين ليُعِينوها على مصالحِ دنياها، ويمنعونَه من ظُلْمها لو أراد، وليس له أن يُشرِكَ معها غيرَها، لأنه قد لا تأمنُ على متاعِها، ولا تتخلى لاستمتاعها إلا أن تختارَ ذٰلك، لأنها رضِيَتْ بنقصِ حقِّها.

وله أن يَمْنَع أهلَها وولَدَها من غيرِه الدُّخُولَ عليها، ولا يَمنَعُهُم كلامَها والنَّظَرَ إليها، ولا يَمنَعُهما من الدُّخُولِ إليها كُلَّ جُمُعَةٍ وغيرُهُم من الأقارِبِ كُلَّ سَنَةٍ.

فصل

ولِلمُطَلَّقةِ النَّفَقَةُ والسُّكْنَى في عِدَّتِها بائِناً كان أو رَجعِيّاً. . . . .

ولو كان في الدار بيوتٌ وأبَتْ أن تسكنَ مع ضَرَّتها أو مع أحدٍ من أهلِه، إن أخلى لها بيتاً منها وجَعَل له مرافِقَ وغَلَقاً على حِدَةٍ ليس لها أن تطلبَ بيتاً آخرَ، وإن لم يكن إلا بيتٌ واحدٌ فلها ذٰلك.

قال: (**وله أن يَمْنَع أهلَها وولَدَها من غيرِه الدُّخُولَ عليها**) لأن المنزل ملْكُه (**ولا يَمنَعُهُم كلامَها والنَّظَرَ إليها**) أيَّ وقت شاؤوا لما فيه من قطيعةِ الرَّحِمِ، ولا ضررَ فيه، إنما الضررُ في المُقام. وقيل: لا يمنعها من الخروج إلى الوالدَين، وقيل: يَمنع.

(**ولا يَمنَعُهما من الدُّخُولِ إليها كُلَّ جُمُعَةٍ، وغيرُهُم من الأقارِبِ كُلَّ سَنَةٍ**) هو المختار.

فصل

(**ولِلمُطَلَّقةِ النَّفَقَةُ والسُّكْنَى في عِدَّتِها بائِناً كان أو رَجعِيّاً**) أما الرجعيُّ فلما تقدَّم أن النكاح قائمٌ بينهما، حتى حلَّ له الوطءُ وغيرُه. وأما البائنُ فلأنها محبوسةٌ في حقِّه، وهو صيانةُ الولد بحفظِ الماءِ عن الاختلاط، والحبسُ لِحقِّه موجبٌ للنفقة كما تقدّم. وأما حديثُ فاطمةَ بنت قيس أنها قالت: طلَّقَني زوجي ثلاثاً فلم يفرضْ لي رسولُ الله

. . . .

سكْنى ولا نفقةً[1]. ردَّه عمـرُ بن الخطاب وزيدُ بن ثابت وجابـرُ بن عبد الله وعائشةُ رضي الله عنهم[2]، قال عمر: لا نَدَعُ كتابَ ربنا وسُنَّةَ نبينا بقولِ امرأةٍ لا ندري أصَدَقَتْ أم كذَبَتْ، حفِظَتْ أم نسِيَتْ، سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «للمطلقةِ الثلاثِ النفقةُ والسُّكْنى ما دامت في العِدَّة»، ويروى: «المبتوتةُ لها النفقةُ والسُّكْنى»[3]، ولأنه ورد مخالفاً

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٨٠).

(٢) أما رد عمر فذكره المصنف لاحقاً.

وأما رد زيد بن ثابت فقال ابن قطلوبغا ص٣٠١: قال المخرجون: لم نجده.

وأما جابر بن عبد الله فلم يرو عنه ردٌّ صريحٌ، وإنما أخرج الدارقطني (٣٩٤٩) عنه مرفوعاً: «المطلقة ثلاثاً لها السكنى والنفقة».

وأما رد عائشة فأخرجه البخاري (٥٣٢١-٥٣٢٨)، ومسلم (١٤٨١) (٥٢) و(٥٤)، وانظر ألفاظه عندهما.

(٣) أخرج قول عمر مسلم في «صحيحه» (١٤٨٠) (٤٦) لٰكن بلفظ: قال عمر: لا نترك كتابَ اللهِ وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة، لا ندري لعلها حفظت أو نسيت، لها السكنى والنفقة، قال الله عز وجل: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١].

وأخرج الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٣/ ٦٨: حدثنا نصر بن مرزوق وسليمان بن شعيب، قالا: حدثنا الخصيب بن ناصح، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن الشعبي، عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثاً، فأتت النبي ﷺ فقال: «لا نفقة لك ولا سكنى»، قال: فأخبرتُ بذٰلك النخعي، فقال: قال عمر ابن الخطاب وأُخبر بذٰلك: لسنا بتاركي آية من كتاب الله تعالى وقول رسول الله ﷺ لقول امرأة، لعلها أوهمت، سمعت رسول الله ﷺ يقول: لها السكنى والنفقة. =

ولا نَفَقَةَ للمُتَوفَّى عنها زَوجُها. وَكُلُّ فُرْقَةٍ جاءَتْ مِنْ قِبَلِ المَرأةِ بِمَعْصِيَةٍ كالرِّدَةِ وَتَقْبِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ فَلا نَفَقَةَ لَها؛ وَإنْ جاءَتْ بِغَيْرِ مَعْصِيَةٍ كَخِيارِ العِتْقِ وَالبُلُوغِ وَعَدَمِ الكَفاءَةِ فَلَها النفَّقَةُ. وَإنْ كانَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ فَلَها النَّفَقَةُ بِكُلِّ حالٍ، ....

لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ [الطلاق:٦]، ومخالفاً للإجماع في السكنى، فإن ادَّعَتْ أنها حاملٌ أنفق عليها إلى سنتين منذُ طلَّقها احتياطاً للعدَّةِ، فإن قالت: كنتُ أتوهَّمُ أني حاملٌ ولم أحِضْ إلى هٰذه الغاية: يعني أنها ممتدَّةُ الطُّهر، وطَلَبَتِ النفقةَ، فلها النفقةُ ما لم تدخل في حدِّ الإياس، لأنها معتدَّةٌ، فإذا دخلت في حدِّ الإياس استأنفتِ العدةَ ثلاثةَ أشهر.

(ولا نَفَقَةَ للمُتَوفَّى عنها زَوجُها) لأنها محبوسةٌ لحقِّ الشرعِ لا للزوج، فلا يجبُ عليه، ألا ترى أنه لا يُشترط فيه الحيضُ الذي تُعرَفُ به براءةُ الرَّحِم والحملِ الذي هو حقُّه، ولأن المال انتقلَ إلى الورثةِ، فلا تجبُ في مالهم.

قال: (وَكُلُّ فُرْقَةٍ جاءَتْ مِنْ قِبَلِ المَرأةِ بِمَعْصِيَةٍ كالرِّدَةِ وَتَقْبِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ، فَلا نَفَقَةَ لَها، وَإنْ جاءَتْ بِغَيْرِ مَعْصِيَةٍ كَخِيارِ العِتْقِ وَالبُلُوغِ وَعَدَمِ الكَفاءَةِ، فَلَها النفَّقَةُ. وَإنْ كانَتْ) الفُرقةُ (مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ فَلَها النَّفَقَةُ بِكُلِّ حالٍ) لأن النفقةَ صلةٌ على ما مرَّ، وبعصيان الزوجِ لا تُحرَمُ عن النفقةِ، وتُحرَمُ بعصيانها مجازاةً وعقوبةً، ولأنها حَبَسَتْ نفسَها

= وأما لفظ «ما دامت في العدة»، ورواية: «المبتوته...» فبَيَّض لهما ابن قطلوبغا ص٣٠١.

وإن طلَّقها ثلاثاً ثم ارتدَّتْ سَقَطَتِ النَّفَقةُ. وإنْ مَكَّنَتِ ابنَ زَوجِها لم تَسقُطْ.

بغير حقٍّ فصارت كالناشزةِ، بخلاف ما إذا كان بغيرِ معصيةٍ، لأنها حَبَسَتْ نفسَها بحقٍّ، وذٰلك لا يُسقِطُ النفقةَ لما تقدم.

وكذٰلك إن وقعت الفُرقةُ باللِّعان أو الإيلاءِ أو بالجَبِّ والعُنَّةِ بعد الدخول، أو الخَلْوةِ، لها النفقةُ لما بينا.

وإذا طُلِّقت الأمَةُ المُبوَّأةُ لها نفقةُ العدّةِ، فإن استخدَمَها المولى سَقَطَتْ. وكلُّ امرأة لا نفقةَ لها يومَ الطلاق، لا نفقةَ لها في العدَّةِ، كالمعتدَّةِ من نكاحٍ فاسدٍ، والأمةِ إذا لم يُبوِّئها المولى بيتاً، إلا الناشزةَ لأنها محبوسةٌ في حقِّه.

والمطلقةُ إذا لم تطلب نفقتَها حتى انقضَتْ عدَّتُها سقَطَتْ كالمنكوحة.

(**وإن طلَّقها ثلاثاً ثم ارتدَّتْ سَقَطَتِ النَّفَقةُ**) لأنها صارت محبوسةً في حقِّ الشرع، وهٰذا إذا أُخرِجت من بيت الزوج للحَبْس، وما لم تخرج من بيتِه فلها النفقةُ.

(**وإنْ مَكَّنَتِ ابنَ زَوجِها لم تَسقُطْ**) لأن الفُرقة ثبتت بالطلاقِ الثلاثِ، ولا أثَرَ للتمكين في ذٰلك، وهي معتدَّتُه محبوسةٌ في حقِّه، فتجب النفقةُ. ولو كان الطلاقُ رجعياً فلا نفقةَ لها لأن الفُرقةَ جاءت من قِبَلِها بالتمكين وهو معصيةٌ، فلا تستحقُّ النفقةُ لما بينا.

ولو صالَحَ امرأتَه على نفقةِ العِدَّة، إن كانت بالشهور جاز لأنها معلومةٌ، وإن كانت بالحيضِ لا يجوزُ لأنها مجهولةُ المدَّةِ، فتكون النفقةُ مجهولةً.

فصل

ونَفَقَةُ الأولادِ الصِّغارِ على الأبِ إذا كانوا فُقراءَ، وليسَ على الأم إرضاعُ الصَّبِيِّ إلا إذا تَعَيَّنَتْ، فيجبُ عليها، ويَستأجِرُ الأبُ مَن تُرضِعُه عندَها، فإن استأجَرَ زَوجتَه أو مُعتَدَّتَه لتُرْضِعَ ولدَها لم يَجُزْ، ....

فصل

(ونَفَقَةُ الأولادِ الصِّغارِ على الأبِ إذا كانوا فُقراءَ) لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

(وليسَ على الأم إرضاعُ الصَّبِيِّ) لأن أجرةَ الإرضاع من نفقتِه، وهي على الأب.

قال: (إلا إذا تَعَيَّنَتْ) بأن لم يجدْ غيرَها، أو لا يأخذُ من لبنِ غيرِها (فيجبُ عليها) حينئذٍ صيانةً للصغير عن الهلاك.

قال: (ويَستأجِرُ الأبُ مَن تُرضِعُه عندَها) لأن الأجرة عليه والحضانةَ لها.

(فإن استأجَرَ زَوجتَه أو مُعتَدَّتَه لتُرْضِعَ ولدَها لم يَجُزْ) لأن الإرضاع مستحقٌّ عليها بالأصل، لقوله تعالى: ﴿۞وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فإذا امتَنَعَتْ حملناه على العَجْزِ فجعلناه عُذراً، فإذا أقدَمَتْ عليه بالأجرِ علِمْنا قُدْرَتَها، فكان واجباً عليها، فلا يحِلُّ لها أخذُ الأُجرةِ على فعلٍ وَجَبَ عليها، ولا خلافَ في المعتدةِ الرجعيَّةِ. وأما المبتوتةُ فكذلك في روايةٍ، لأن النكاح قائمٌ من وجهٍ، وقيل: يجوزُ لأن النكاح قد زالَ بينَهما، فصارت أجنبيةً. وذكر الخَصَّاف: إذا لم يكن

وبعدَ انقِضاءِ العِدَّةِ هي أولى من الأجنَبيَّةِ إلا أنْ تَطلُبَ زِيادةَ أُجرَةٍ. ونَفَقَةُ الآباءِ والأجدادِ إذا كانُوا فُقراءَ على الأولادِ الذُّكُورِ والإناثِ. . . . .

للصبيِّ ولا لأبيهِ مالٌ أُجبرَت الأمُّ على الإرضاع، وهو الصحيحُ لأنها ذاتُ يسارٍ في اللبن، فإن طَلَبَتْ من القاضي أن يقضي لها بنفقةِ الإرضاع حتى ترجعَ بها على الأبِ إذا أيسرَ فَعَلَ، كما لو كان معسِراً وهي موسرةٌ تُجبَرُ على الإنفاق على الصغيرِ ثم ترجعُ على الأب إذا أيسَرَ. وإن كان للصبيِّ مالٌ، روي عن محمد أنه يُفرَضُ لها نفقةُ الإرضاع في مالِ الصبيِّ.

قال: (**وبعدَ انقِضاءِ العِدَّةِ هي أولى من الأجنَبيَّةِ**) فإنها أشفَقُ، وفي ذٰلك نظرٌ للصغير.

(**إلا أنْ تَطلُبَ زِيادةَ أُجرَةٍ**) لما فيه من ضررِ الأب، وقيل في قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]، هو: أن ترضَى بأجرةِ المِثل، فلا يُدفعُ إليها ﴿وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ﴾ أن يؤخذَ منه أكثرَ من أجرِ المِثل.

قال: (**ونَفَقَةُ الآباءِ والأجدادِ إذا كانُوا فُقراءَ على الأولادِ الذُّكُورِ والإناثِ**) قال تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفّٖ﴾ [الإسراء: ٢٣]، نهاه عن الإضرار بهما بهٰذا القدر، وتَرْكُ الإنفاق عليهما عند حاجتِهما أكثرُ إضراراً من ذٰلك، وقال عليه السلام: «أنتَ ومالُكَ لأبيكَ»[1]، وقال

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٩١)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١٥٩٨) من حديث جابر. وإسناده صحيح.

وأخرجه ابن حبان (٤١٠) من حديث عائشة. وإسناده صحيح. =

. . . .

عليه السلام: «إنَّ أطيَبَ ما أكَلَ الرجلُ من كَسْبه، وإنَّ ولَدَه من كَسْبه، فكُلوا من كَسْبِ أولادِكم»[1]، فإذا كان مالُ الابن يُضاف إلى الأب بأنه

= وأخرجه الطبراني في «الكبير» (١٠٠١٩)، وفي «الأوسط» (٥٧)، وفي «الصغير» (٢) من حديث ابن مسعود، وسنده حسن في الشواهد.

وأخرجه من حديث سمرة الطبراني في «الكبير» (٦٩٦١)، والبزار (١٢٦٠ - كشف الأستار).

وأخرجه من حديث عبد الله بن عمر البزار (١٢٥٩)، وأبو يعلى (٥٧٣١). وانظر ما بعده.

ومعنى قوله: «أنت ومالك لأبيك» نقل الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» ٤/ ٢٧٩ عن أبي جعفر محمد بن العباس عن المراد بهذا الحديث فقال: المراد به موجود فيه، وذلك أن النبي ﷺ قال فيه: «أنت ومالك لأبيك» فجمع فيه الابن ومالَ الابن فجعلهما لأبيه، فلم يكن جعله إياهما لأبيه على ملك أبيه إياه، ولكن على أن لا يخرج عن قول أبيه فيه، فمثل ذلك قولُه: مالُك لأبيك، ليس على معنى تمليكه إياه مالَه، ولكن على معنى أن لا يخرجَ عن قوله فيه.

(١) أخرجه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أحمد في «مسنده» (٦٦٧٨)، وأبو داود (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢٢٩٢). بلفظ: أتى أعرابيٌّ رسول الله ﷺ، فقال: إن أبي يريد أن يجتاح مالي، قال: «أنت ومالك لوالدك، إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أموال أولادكم من كسبكم، فكلوه هنيئاً» وهو حديث صحيح لغيره.

وأخرجه أحمد في «مسنده» (٢٤٠٣٢) من حديث عائشة بلفظ: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه». وهو حديث حسن لغيره. وهو عند أبي داود (٣٥٢٨) و(٣٥٢٩)، وابن ماجه (٢١٣٧)، والترمذي (١٣٥٨)، =

كسْبُه صار غنياً به، فتجبُ نفقتُه فيه، وقال تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا﴾ [العنكبوت: ٨]، أي: يحسنُ إليهما، وليس إحساناً تركُهما محتاجَيْن مع قُدرتِه على دفع حاجتِهما، وقال تعالى في حق الوالدَين الكافرَين: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، وليس من المعروف تركُهما جائِعَين وهو قادرٌ على إشباعِهما. وهو على الذكورِ والإناثِ على السواء في رواية، وهو المختارُ لاستوائِهما في العِلَّة والخطاب، وقيل: على قَدْرِ الإرث، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. ويُشتَرَطُ فقرُهم، لأن إيجابَ نفقةِ الغنيِّ في مالِه أولى.

رجلٌ معسِرٌ له أولادٌ صغارٌ محاويجُ، وله ابنٌ كبيرٌ موسِرٌ، يُجبَرُ على نفقتِهم.

قال: (**ولا تجِبُ النَّفَقَةُ مع اختلافِ الدِّينِ إلاَّ للزَّوجةِ وقَرابةِ الوِلادِ أعْلى وأسْفَلُ**) لإطلاق النصوص، ولأن نفقةَ الزوجةِ جزاءُ الاحتباس كما مرّ، أو بالعقد كالمهر، وذلك لا يختلفُ باختلاف الدِّين، ولهذا تجبُ مع يسارِها. وأما قرابةُ الوِلادِ فلِمَكان الجُزئيَّة، إذ الجزئيةُ في معنى النفسِ، ونفقةُ النفسِ تجبُ مع الكُفر، فكذا الجزء، وهذا إذا كانوا ذِمَّةً، فإن كانوا حَرْباً لا تجبُ وإن كانوا مستأمَنين، لقوله تعالى:

= والنسائي ٧/ ٢٤٠. وابن حبان في «صحيحه» (٤٢٥٩). وانظر تمام تخريجه والكلام عليه في «المسند».

ونَفَقَةُ ذِي الرَّحِمِ سِوى الوالِدَينِ والولدِ تجبُ على قَدْرِ المِيراثِ، وإنَّما تجبُ إذا كان فقيراً به زَمانَةٌ لا يَقْدِرُ على الكَسْبِ، أو تكونُ أنثَى فقيرةً، . . . . . .

﴿ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ ﴾ الآية [الممتحنة: ٩]، بخلاف غيرهم من ذَوي الأرحام، لأن الإرثَ منقطعٌ فيما بينَهم، .ولا بدَّ من اعتباره بالنصّ.

قال: (**ونَفَقَةُ ذِي الرَّحِمِ سِوى الوالِدَينِ والولدِ تجبُ على قَدْرِ المِيراثِ**) كالإخوةِ والأخَواتِ والأعمام والعَمَّات والأخوالِ والخالات، ولا تجبُ لرَحِمٍ ليس بمَحْرَمٍ، والأصلُ فيه قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وفي قراءة ابن مسعود: «وعلى الوارثِ ذي الرَّحِم المَحْرَمِ مثلُ ذٰلك»(١) فذِكْرُه الوارثَ إشارةٌ إلى اعتبار قَدْر الميراث، وليكون الغُرْمُ بالغُنْمِ.

(**وإنَّما تجبُ إذا كان فقيراً به زَمانَةٌ لا يَقْدِرُ على الكَسْبِ**) أما الفقرُ فلما مرّ، وأما العجزُ عن الكسبِ فلأنه يكون غنياً بكَسْبه، ولا كذٰلك الوالدان، حيث تجبُ نفقتُهما مع القُدرةِ على الكسب لَما يلحقُهما فيه من التعب والنَّصَب، والولدُ مأمورٌ بدفع الضَّرر عنهما، فيجبُ عليه أن يدفع عنهما ضررَ الاكتساب وذٰلك بالإنفاق عليهما.

قال: (**أو تكونُ أنثَى فقيرةً**) لأنه أمارةُ الحاجةِ.

---

(١) وهي قراءة شاذة، ذكرها النسفي في «تفسيره» ص١٢٢ ـ طبعة دار المعرفة، الأولى ١٤٢١هـ ـ وهي قراءة محمولة على التفسير. وانظر «معجم القراءات» للخطيب ١/ ٣٢٥.

وكذا مَن لا يُحْسِنُ الكَسْبَ لخُرْقِه أو لِكَونِه مِن البيُوتاتِ، أو طالبَ عِلْمٍ. ونَفَقَةُ زَوجَةِ الأبِ على ابنِه، ونَفَقَةُ زوجَةِ الابنِ على أبيهِ إن كان صغيراً فقيراً أو زَمِناً. ولا تجبُ النَّفَقةُ على فَقيرٍ إلا للزَّوجةِ والولدِ الصَّغيرِ، . . . .

(وكذا مَن لا يُحْسِنُ الكَسْبَ لخُرْقِه[1] أو لِكَونِه مِن البيُوتاتِ، أو طالبَ عِلْمٍ) لأن العجزَ عن الاكتساب في حقِّ هٰؤلاء ثابتٌ، لأن شرطَ وجوب نفقةِ الكبير العجزُ عن الكسبِ حقيقةً كالزَّمِنِ والأعمى ونحوِهما، أو معنًى كمَن به خَرَقٌ ونحوُه.

(ونَفَقَةُ زَوجَةِ الأبِ على ابنِه) رواه هشام عن أبي يوسف.

(ونَفَقَةُ زوجَةِ الابنِ على أبيهِ إن كان صغيراً فقيراً أو زَمِناً) لأنه من كفاية الصغير. وذكر في «المبسوط»: لا يُجبَرُ الأبُ على نفقةِ زوجةِ الابن، ويجبُ على الابن نفقةُ خادمِ الأبِ إذا احتاج إليه، لأن خدمةَ الأب مستحقَّةٌ على الابن، فكذا نفقةُ مَن يخدُمه، ولا كذٰلك زوجةُ الابن.

قال: (ولا تجبُ النَّفَقةُ على فَقيرٍ إلا للزَّوجةِ والولدِ الصَّغيرِ) لقوله تعالى: ﴿وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧]، وقال: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ولأن نفقةَ الزوجة مجازاةٌ، وذٰلك يجبُ مع الفقر، ولا تجبُ لغيرهم مع الفقرِ لأنها صلةٌ، فلو وَجَبَتْ للفقير على الفقيرِ لم يكن إيجابُها عليه أولى من إيجابها له.

---

(١) الخُرْق، قال في «النهاية»: بالضم، الجهل والحمق، ومنه الحديث: «تعين صانعاً أو تصنع لأخرق» أي: جاهل بما يجب أن يعمله، ولم يكن في يديه صنعة يكتسب بها.

(والمُعتَبَرُ الغِنَى المُحَرِّمُ للصَّدَقةِ) هو المختار. وعن أبي يوسف أنه قدَّره بالنِّصاب. وعن محمد: إذا فَضَلَ عن نفقةِ شهر له ولعيالِه يجبُ عليه نفقةُ أقاربه، وإن لم يكن له شيءٌ ويكتسبُ كلَّ يومٍ درهماً يكفيه أربعة دوانيق، فإنه ينفقُ الفضلَ على أقربائِه، ومَن له مسكنٌ وخادمٌ وهو محتاج تحِلُّ له الصدقةُ، وتجبُ نفقتُه على أقاربه، فإن كان في مسكنِه فَضْلٌ يكفيه بعضُه يؤمَر ببيع البعضِ ويُنفِقُ على نفسِه، وكذا إذا كانت له دابةٌ نفيسةٌ يؤمَر ببيعها ويشتري الأوكَسَ وينفقُ الفَضْلَ. ومَن كان يأكلُ من الناس تسقطُ نفقتُه عن القريب، وإن أعطَوه قَدْر نصفِ كفايتِه يسقُطُ نصفُ النفقة. وقال أبو يوسف: إذا كان الابن فقيراً كَسُوباً، والأبُ زَمِنٌ، شاركَه في القُوت بالمعروف، ومَن لم يقدِرْ على الكسب للزَّمانةِ أو كان مُقْعَداً يتكفَّفُ الناس، فنفقتُه ونفقةُ ولده في بيت المال. ولو كان الأبُ معسراً والأمُّ موسرةً تُؤمر الأمُّ بالنفقة على الولدِ، ثم تَرجعُ على الأب إذا أيسرَ، وكذا إذا كان للأب المعسرِ أخٌ موسِرٌ يُؤمَر بالإنفاق على الصغيرِ ثم يَرجعُ على الأب، وكذٰلك المرأةُ المعسِرةُ إذا كان زوجها معسِراً ولها ابنٌ من غيرِه موسرٌ أو أخٌ موسرٌ، فنفقتُها على زوجِها، ويُؤمرُ الابنُ والأخُ بالإنفاق عليها، وتَرجعُ على زوجها إذا أيسَرَ. ويُحبس الابنُ أو الأخ إذا امتَنَع، لأن هٰذا من المعروف، وإذا كان للفقير أبٌ غنيٌّ وابن غنيٌّ فالنفقة على الابن لأن شبهتَه في مال الابن أكثرُ، قال عليه السلام: «أنت ومالُكَ لأبيكَ»[1].

---

(١) سلف تخريجه ص٢٨٨.

وإذَا باعَ الأبُ مَتَاعَ ابنِه في نَفَقَتِه جازَ (سم)، ولو أنفَقَ مِن مالٍ له في يدِه جازَ.

ويُعتَبر في نفقةِ قرابةِ الوِلاد الأقربُ فالأقربُ دون الإرث، لأن الله تعالى أوجَبَ النفقةَ على المولود له، وأنه مشتقٌّ من الوِلاد، وهو الجزئيَّةُ والبعضيَّةُ باعتبار التولُّدِ والتفرُّعِ عنه، وفي نفقة ذي الرَّحِم المَحرَمِ يُعتبر كونُه أهلاً للإرث، ويجبُ بقدر الميراث عند الاجتماع، لأنه تعالى أوجَبَها باسم الوراثة.

فقيرٌ له ابنٌ وبنتٌ، فنفقتُه عليهما نصفان، ولو كان له بنتٌ وأخٌ فنفقتُه على بنتِه لأنها أقربُ. له بنتٌ وابنُ ابنٍ موسران، فنفقتُه على البنتِ لأنها أقرب. ولو كانت له بنتُ بنتٍ وابنُ بنتٍ وأخٌ موسرون، فنفقتُه على أولادِ أولادِه دون الأخِ لما بينا. فقيرٌ له أخٌ وأختٌ لأبٍ وأمٍّ، فالنفقةُ عليهما بقَدْر ميراثهما. ولو كان له أختٌ وعمٌّ فعليهما نصفان. ولو كان له أمٌّ وجَدٌّ فعليهما أثلاثاً، وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ: كلُّها على الجَدِّ. ولو كان له أمٌّ وجدٌّ وأخٌ فالثلثُ على الأم والباقي على الجدِّ، وعندهما: الباقي على الأخِ والجدِّ نصفان. له عمٌّ وخالٌ النفقةُ على العمّ. له خالٌ وابنُ عمٍّ النفقةُ على الخال والميراثُ لابن العمِّ، وفي العمَّةِ والخالةِ ثلثان وثلثٌ.

قال: (**وإذَا باعَ الأبُ مَتَاعَ ابنِه في نَفَقَتِه جازَ**) وقالا: لا يجوز. وفي العقار لا يجوزُ بالإجماع.

(**ولو أنفَقَ مِن مالٍ له في يدِه جازَ**) بالإجماع، لأنه ظَفِرَ بجنسِ حقِّه، فله أن يأخذَه، لأن نفقتَه واجبةٌ قبل القضاء على ما بينا. والأمُّ

وإذا قَضَى القاضي بالنَّفَقةِ ثُمَّ مَضَتْ مُدَّةٌ سَقطَتْ إلا أن يكون القاضي أمَرَ بالاستِدانَةِ عليه. وعلى المولى أن يُنفِقَ على رَقِيقِه، . . . .

في هٰذا كالأب. لهما: أن بالبلوغ انقطَعَتْ ولايتُه عنه وعن مالِه، حتى لا يملكُ ذٰلك في حضرتِه ولا في دَين غيرِ النفقةِ، وصار كالأم. وله ـ وهو الاستحسان ـ: أنَّ للأبِ أن يحفظَ مالَ ابنِه الغائبِ كالوصيِّ، وبل أولى، لأنه أوفرُ شفقةً، وبيعُ النقليِّ من باب الحفظ، فإذا باعَه فالثمنُ[1] من جنسِ حقِّه وهو نفقتُه، فيأخذُ منه حقَّه، ولا كذٰلك العَقارُ فإنه محفوظٌ بنفسِه، وبخلاف الأمِّ وغيرِها من الأقارب، لأنه لا ولايةَ لهم حالَ صِغَرِه، ولا ولايةَ الحفظِ حالةَ الغيبةِ مع الكِبَر، فافترقا.

قال: (وإذا قَضَى القاضي بالنَّفَقةِ ثُمَّ مَضَتْ مُدَّةٌ سَقطَتْ) لأنها إنما وجبَتْ دفعاً للحاجةِ، وقد اندفعت، بخلافِ الزوجة إذا قَضَى بها لأنها وَجَبَتْ مع اليسار لا لدفع الحاجةِ، فلا تسقُطُ بحصول الاستغناء.

قال: (إلا أن يكون القاضي أمَرَ بالاستِدانَةِ عليه) لأن ولايةَ القاضي عامةٌ، فكأنَّ الغائبَ أمرَه بذٰلك، فتصيرُ دَيناً في ذِمتِه، فلا تسقطُ.

قال: (وعلى المولى أن يُنفِقَ على رَقِيقِه) لقوله عليه السلام في حقِّهم: «أطعِمُوهم مما تأكلون، وألبِسُوهم مما تَلْبَسون، ولا تعذِّبوا عبادَ الله»[2]، ولأنهم مشغولون بخدمتِهم، محبوسُون في ملكِهم، فيجبُ عليهمُ الإنفاقُ عليهم لئلا يَهلِكُوا جوعاً.

---

(١) في (س): بالثمن، والمثبت من (م).

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٦٤٠٩) من حديث عاصم بن عبيد الله، عن عبد الرحمٰن بن يزيد، عن أبيه: أن رسول الله ﷺ قال في حجة الوداع: =

فإن امتنَعَ اكتَسَبُوا وأنفقُوا، وإن لم يكن لهم كَسْبٌ أُجْبِرَ على بيعِهِم، وسائرُ الحيَواناتِ يُجبَرُ فيما بَينَهُ وبَينَ اللهِ تعالى.

(**فإن امتنَعَ اكتَسَبُوا وأنفَقُوا**) لأن فيه رعايةً للجانبين: جانبه ببقاء مُلكِه، وجانبهم بدفع حاجتِهم.

(**وإن لم يكن لهم كَسْبٌ**) كالزَّمِنِ والأعمى والجاريةِ المستحسَنَةِ التي لا تُؤجَّر (**أُجْبِرَ على بَيعِهِم**) لأن الرقيقَ من أهل الاستحقاق، وفي بيعهم إيفاءُ حقِّهم وإيفاءُ حقِّ المولى بنقلِه إلى الخَلَفِ، ولا يلزم على هٰذا الإعسار بنفقةِ الزوجة، لأن نفقتَها تصيرُ دَيناً عليه فتتمكن من مطالبتِه وحبسِه، ولا دَينَ للعبدِ على مولاه، ولأنه يفوتُ ملكُه في النكاح لا إلى خَلَفٍ، وهٰهنا يفوتُ إلى الثَّمن، على أن البيع هنا يقعُ باختيارِه وعَقدِه، والفسخُ لا بفعلِه.

قال: (**وسائرُ الحيَواناتِ يُجبَرُ فيما بَينَهُ وبَينَ اللهِ تعالى**) لما فيه من إضاعةِ المال وتعذيبِ الحيوان، وقد وَرَدَ النهيُ عنهما، وليستْ من أهل الاستحقاق ليُقضَى لها بجَبْرِ المولى على نفقتِها أو بيعها.

= «أرقَّاءكم أرقاءكم أرقاءكم، أطعموهم مما تأكلون، واكسوهم مما تلبسون، فإن جاؤوا بذنب لا تريدون أن تغفِروه، فبيعوا عباد الله، ولا تعذِّبوهم». وإسناده ضعيف لضعف عاصم بن عبيد الله.

وللحديث أصل في «الصحيحين» من حديث أبي ذر، أخرجه البخاري (٣٠)، ومسلم (١٦٦١)، وهو في «المسند» (٢١٤٠٩) بلفظ: «إخوانكم خولكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده، فليطعمه مما يأكل، وليلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم فأعينوهم». وهٰذا لفظ البخاري.

فصل في الحَضانة

إذا اختصَمَ الزّوجانِ في الولدِ قَبْلَ الفُرْقَةِ أو بعدَها فالأمُّ أحَقُّ، . . . . .

فصل في الحَضانة

وهي من الحِضْنِ، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وحِضْنا الشيء: جانباه، وحَضَنَ الطائرُ بيضَه يَحْضُنُه: إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، فكأن المربي للولد يتخذه في حِضنه وإلى جنبه، ولما كان الصغير عاجزاً عن النظر في مصالح نفسه جعل الله تعالى ذٰلك إلى من يلي عليهم، ففوّض الولاية في المال والعقود إلى الرجال، لأنهم بذٰلك أقومُ وعليه أقدرُ، وفوّض التربية إلى النساء لأنهنّ أشفقُ وأحنَى وأقدرُ على التربية من الرجال وأقوى.

قال: **(إذا اختصَمَ الزّوجانِ في الولدِ قَبْلَ الفُرْقَةِ أو بعدَها فالأمُّ أحَقُّ)** لما روي أن امرأةً أتتْ رسولَ الله عليه السلام فقالت: يا رسولَ الله، إن ابني هٰذا كانت بطني له وعاءً، وحِجْري له حِوَاءً، وثَدْيي له سِقاءً، وزَعَم أبوه أنه ينتزِعُه منّي، فقال ﷺ: «أنتِ أحقُّ به ما لم تَنْكِحي»[1]. وروى سعيدُ بن المسيّب: أن عمرَ بن الخطاب طلّق زوجتَه أمَّ ابنِه عاصمٍ، فتنازعا، وارتفعا إلى أبي بكرٍ الصّدِّيق رضي الله عنه، فقال له أبو بكر: ريقُها خيرٌ له من شَهْدٍ وعَسَلٍ عندك يا عمرُ[2]،

---

(١) أخرجه من حديث عبد الله بن عمرو أبو داود (٢٢٧٦)، وهو في «المسند» (٦٧٠٧). وإسناده حسن. وانظر تمام تخريجه فيه.

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢٦٦ وقال: غريب بهٰذا اللفظ. =

. . . .

= وأخرج ابن أبي شيبة ٥/ ٢٣٨: حدثنا محمد بن بشر قال: حدثنا سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن سعيد بن المسيب: أن عمر بن الخطاب طلق أم عاصم ثم أتاها عليها وفي حَجرها عاصم، فأراد أن يأخذه منها، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر: يا عمر مسحها وحَجرها وريحُها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار.

وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٢٦٠١) عن ابن جريج قال: أخبرني عطاء الخراساني، عن ابن عباس قال: طلق عمر بن الخطاب امرأته الأنصارية أم ابنه عاصم، فلقيها تحمله بمحسر، ولقيه قد فطم، ومشى، فأخذ بيده لينتزعه منها، ونازعها إياه، حتى أوجع الغلام وبكى، وقال: أنا أحقُّ بابني منك، فاختصما إلى أبي بكر، فقضى لها به، وقال: ريحها، وحرُّها، وفراشها خيرٌ له منك حتى يشب ويختار لنفسه.

وأخرج أيضاً (١٢٦٠٠) عن الثوري، عن عاصم، عن عكرمة قال: خاصمت امرأة عمر إلى أبي بكر وكان طلقها، فقال: هي أعطف، وألطف، وأرحم، وأحنا، وأرأف، وهي أحقُّ بولدها ما لم تزوج.

وأخرج مالك في «الموطأ» ٢/ ٧٦٧-٧٦٨ عن يحيى بن سعيد أنه قال: سمعتُ القاسم بن محمد يقول: كانت عندَ عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار، فولدت له عاصم بن عمر، ثم إنه فارقها، فجاء عمر قُباءً، فوجد ابنه عاصماً يلعب بفناء المسجد، فأخذ بعضده، فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته جدة الغلام، فنازعَته إياه، حتى أتيا أبا بكر الصديق، فقال عمر: ابْني. وقالت المرأة: ابني، فقال أبو بكر: خَلِّ بينها وبينه، قال: فما راجعه عمرُ الكلامَ.

ورواه عبد الرزاق (١٢٦٠٢)، والبيهقي ٨/ ٥ من طريق يحيى بن سعيد، عن القاسم بن محمد، فذكره.

وأخرج ابن أبي شيبة ٥/ ٢٣٨ حدثنا ابن مالك، قال حدثنا ابن إدريس، عن يحيى عن القاسم أن عمر بن الخطاب طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبي

ثُمَّ أُمُّها، ثم أُمُّ الأب، ثم الأختُ لأبَوَينِ، ثمَّ لأمٍّ، ثُمَّ لأبٍ، ثُمَّ الخالاتُ كذٰلكَ، ثُمَّ العَمَّاتُ كذٰلك أيضاً، وبناتُ الأختِ أولى من بنات الأخِ، وهُنَّ أولى من العَمَّات، . . . .

ودفَعه إليها والصحابة حاضرون متكاثِرون، ولأنها أقومُ بالتربيةِ وأقدرُ عليها من الأب وكان الدفعُ إليها أنظرَ للصبيِّ.

وكلُّ مَن له حضانةٌ لا يُدفَع الولدُ إليه ما لم يطلبْه، فعساه يعجِزُ عنه، بخلاف الأب إذا امتنع عن أخذِه بعدَ الاستغناء عن الحضانةِ، حيث يُجبَرُ على أخذِه إذا امتنع، لأن الصيانةَ عليه.

قال: (**ثُمَّ أُمُّها، ثم أُمُّ الأب، ثم الأختُ لأبَوَينِ، ثمَّ لأمٍّ، ثُمَّ لأبٍ، ثُمَّ الخالاتُ كذٰلكَ، ثُمَّ العَمَّاتُ كذٰلك أيضاً، وبناتُ الأختِ أولى من بنات الأخِ، وهُنَّ أولى من العَمَّات**).

والأصلُ في ذٰلك أن هٰذه الولايةَ تُستفادُ من قِبَل الأمهات لما قدمناه. وكانت جهةُ الأم مقدمةً على جهة الأب، ولأن الجَدَّات أقربُ من الأخَوَات، والأخواتِ أقربُ من الخالات والعمات. وروى محمد عن أبي حنيفة: أن الخالةَ مقدمةٌ على الأختِ لأبٍ[1]، لأن الخالةَ

= الأقلح فتزوجت فجاء عمر فأخذ ابنه فأدركته الشموس ابنة أبي عامر الأنصارية وهي أم جميلة، فأخذته، فترافعا إلى أبي بكر وهما متشبثان، فقال لعمر: خل بينها وبين ابنها.

وانظر «سنن» سعيد بن منصور ٢/ ١٠٩.

(١) لفظة «الأب» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م).

بمنزلةِ الأمّ، قال عليه السلام: «الخالةُ والدةٌ»[1]، والخالاتُ مساوياتٌ للعمَّات في القُرْب، وإنما تُقدَّمُ الخالاتُ لأن قرابَتَهنَّ من جهة الأم، وتُقَدَّمُ مَن كانت لأبٍ وأمٍّ لأنها تُدْلي بجهتين، فتكون أولَى، ثم من الأمِّ، ثم من الأبِ ترجيحاً لقرابة الأمّ.

ولا حقَّ لمَن لهنَّ رَحِمٌ غيرُ مَحْرَمٍ، كبنات الأعمامِ والعمات، وبناتِ الأخوال والخالات.

قال: (**ومَن لها الحضَانةُ إذا تَزَوَّجَتْ بأجنَبيٍّ سَقَطَ حَقُّها**) لقوله عليه السلام: «أنتِ أحقُّ به ما لم تَنْكِحي»[2] وفي رواية: «ما لم تتزوّجي»[3]، وفي حديث أبي بكر: «أمُّه أولى به ما لم يَشِبَّ أو تتزوّج»[4]، ولأن الصبيَّ يلحقُه من زوج أمِّه جفاءٌ، فيسقط حقُّها

(١) أخرجه من حديث علي أحمد في «مسنده» (٧٧٠)، وإسناده حسن.
وأخرجه البخاري (٤٢٥١) ضمن حديث عن البراء بن عازب وفيه: «الخالة بمنزلة الأم».
وانظر أحاديث الباب في «المسند» عند حديث علي.

(٢) أخرجه أحمد (٦٧٠٧)، وأبو داود (٢٢٧٦) من حديث عبد الله بن عمرو بإسناد حسن.

(٣) أخرجه بهذا اللفظ عبد الرزاق (١٢٥٩٧)، والدارقطني (٣٨٠٨) و(٣٨٠٩) من طريق المثنى بن الصباح، والدارقطني (٣٨١٠) من طريق ابن جريج، كلاهما عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، والمثنى ضعيف، وابن جريج مدلس وقد عنعن.

(٤) سلف تخريجه في ص٢٩٧-٢٩٨.

فإن فارَقَتْه عادَ حَقُّها، والقولُ قولُ المرأة في نَفْيِ الزَّوج. ويكُونُ الغُلامُ عندَهُنَّ حتَّى يَستَغنِي عن الخِدمةِ، وتكُونُ الجارِيةُ عندَ الأمّ والجَدَّةِ حتَّى تَحِيضَ، وعندَ غيرِهما حتَّى تستَغنِيَ. . . . .

للمضرة، لأن حقَّها إنما ثَبَتَ في الحضانةِ لشفقتِها نظراً له، فإذا زالت زالَ، بخلاف ما إذا تزوَّجتْ بذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الصبيِّ، حيث لا تسقطُ لشفقتِه عليه، كما إذا تزوّجَتِ الأمُّ بعمِّه، والجَدَّةُ بالجَدِّ، لأنه لا يلحقُه جفاءٌ من جَدِّه وعمِّه.

قال: (**فإن فارَقَتْه عادَ حَقُّها**) لأن المانع قد زال.

(**والقولُ قولُ المرأة في نَفْيِ الزَّوج**) لأنها تُنكر بُطلان حقِّها في الحضانة.

قال: (**ويكُونُ الغُلامُ عندَهُنَّ حتَّى يَستَغنِي عن الخِدمةِ**) فيأكلَ وحدَه ويشربَ وحدَه ويلبَسَ وحدَه ويستنجيَ وحدَه، وقدَّره أبو بكر الرازيُّ بتسع سنين، والخصافُ بسبعٍ اعتباراً للغالِب، وإليه الإشارةُ بقول الصدِّيق رضي الله عنه: هي أحقُّ به حتى يَشِبَّ، ولأنه إذا استغنى يحتاجُ إلى التأدُّبِ بآدابِ الرجال، والتخلُّق بأخلاقِهم، وتعليم القرآنِ والعلمِ والحِرَفِ، والأبُ على ذٰلك أقدَرُ، فكان بذٰلك أولى وأجْدَرَ.

قال: (**وتكُونُ الجارِيةُ عندَ الأمّ والجَدَّةِ حتَّى تَحِيضَ، وعندَ غيرِهما حتَّى تَستَغنِيَ**) وقيل: حتى تُشْتَهى، لأن الجارية[1] بعد الاستغناء تحتاجُ إلى التأدُّبِ بآدابِ النساء وتعلُّم أشغالِهِنَّ، والأمُّ أقدَرُ

---

(١) تحرفت في (س) إلى: الحاجة.

وإذا لم يَكُنْ للصَّغِيرِ امرأةٌ أخَذَه الرِّجالُ، وأولاهُم أقرَبُهُم تَعصِيباً، ولا تُدْفَعُ الصَّبِيَّةُ إلى غيرِ مَحْرَم، ولا إلى مَحْرَم ماجِنٍ فاسقٍ. . . . .

على ذٰلك، فإذا بلغَتْ احتاجت إلى الحِفْظِ والصيانةِ، والأبُ على ذٰلك أقدَرُ. وأما غيرُ الأمِّ والجَدَّة فلأنها لا تقدِرُ على استخدامِها، فلا يحصُل التأدُّب، ولا كذٰلك الأمُّ والجَدَّة. وعن محمد: إذا بلغَتْ حدّاً تُشتَهى يأخذُها الأبُ من الأمِّ، للحاجةِ إلى الحِفظ. وسُئل محمد: إذا اجتَمَعَ النساءُ ولهنَّ أزواجٌ؟ قال: يضعُه القاضي حيثُ شاء، لأنه لا حقَّ لهنَّ، كمن لا قرابةَ له.

قال: (**وإذا لم يَكُنْ للصَّغِيرِ امرأةٌ أخَذَه الرِّجالُ**) صَوناً له.

(**وأولاهُم أقرَبُهُم تَعصِيباً**) لأن الولايةَ عليه بالقُرب، وكذٰلك إذا استغنى عن الحضانةِ، فالأولى بالحفظِ أقربُهم تعصيباً.

قال: (**ولا تُدْفَعُ الصَّبِيَّةُ إلى غيرِ مَحْرَم**) كابن العمِّ ومولى العتاقةِ، خوفاً من الوقوع في المعصية.

(**ولا إلى مَحْرَم ماجِنٍ فاسقٍ**) لأنه لا يُؤمَن فسْقُه، فإن لم يكن لها إلا ابنُ عمٍّ، فإن شاء القاضي ضَمَّها إليه إن كان أصلَحَ، وإلا وَضَعها عند أمينةٍ. ولو كان الأخُ مخوفاً عليها يضعُها القاضي عندَ امرأةٍ ثقةٍ.

الثيبُ المأمونةُ لها حقُّ التفرُّد بالسكنى، فإن لم تكن مأمونةً فالأبُ يضمُّها إليه، وليس للبِكر حقُّ التفرُّد، فإن دخلت في السِّنِّ وكان لها رأيٌ فلها أن تنفردَ.

وإذا اجتَمَعَ مُستَحِقّو الحَضانةِ في درَجَةٍ واحدةٍ فأورَعُهُم أولى ثُمَّ أكبرُهُم. ولا حَقَّ للأَمَةِ وأمِّ الولدِ في الحضانة. والذِّمِّيَّةُ أحقُّ بولدِها المُسلم ما لم يُخَفْ عليه الكُفْرُ. وليسَ للأبِ أن يَخرُجَ بوَلَدِه من بَلَدِه حتَّى يَبلُغَ حَدَّ الاستِغناءِ، وليسَ للأمِّ ذٰلكَ، إلاَّ أن تُخرِجَه إلى وَطنِها وقد وَقَعَ العَقدُ فيه، إلاَّ أن يكُونَ تَزَوَّجَها في دارِ الحَرْبِ وهو وَطنُها.

قال: (وإذا اجتَمَعَ مُستَحِقّو الحَضانةِ في درَجَةٍ واحدةٍ فأورَعُهُم أولى ثُمَّ أكبرُهُم).

قال: (ولا حَقَّ للأَمَةِ وأمِّ الولدِ في الحضانة) لأنها من باب الولاية، وليستا من أهلها، فإذا أُعتِقَتا فهما كالحُرَّة.

(والذِّمِّيَّةُ أحقُّ بولدِها المُسلمِ ما لم يُخَفْ عليه الكُفْرُ) لأن النظر له في حضانتِها قبلَ ذٰلك وبعدَه عليه فيه الضررُ.

قال: (وليسَ للأبِ أن يَخرُجَ بوَلَدِه من بَلَدِه حتَّى يَبلُغَ حَدَّ الاستِغناءِ) لما فيه من إبطالِ حقِّ الأمّ من الحضانةِ.

(وليسَ للأمِّ ذٰلكَ، إلاَّ أن تُخرِجَه إلى وَطنِها وقد وَقَعَ العَقدُ فيه) لأن التزوُّجَ فيه دليلُ المُقام فيه ظاهراً، فقد التزَمَ المُقامَ في بلدِها، وإنما لزِمَها اتِّباعُه بحُكم الزوجيَّة، فإذا زالت الزوجيةُ جازَ لها أن تعودَ إليه، لأنه رضي بذٰلك.

(إلاَّ أن يكُونَ تَزَوَّجَها في دارِ الحَرْبِ وهو وَطنُها) لأنه ضررٌ بالصبيِّ، لأنه يتعوَّدُ أخلاقَ الكفار، وربما يألَفُهم، وإذا أرادت أن تُخرِجَه إلى بلدِها ولم يقعِ العقدُ فيه ليس لها ذٰلك، لأنه لم يلتزم لها

. . . .

ذلك، لأنه لم يلتزم لها المُقامَ فيه، فلا يجوزُ لها التفريقُ بينَه وبين الولدِ من غير التزامِه. وعن شُريحٍ: إذا تفرَّقتِ الدارُ فالعَصَبةُ أحقُّ بالولد[1]، وإن كان العَقدُ في غيرِ وطنِها فأرادت أن تنقلَه إليه ليس لها ذلك، لأنه دارُ غُرْبةٍ، كالبلد الذي فيه الزوج، وإذا تساويا لم يَجُزْ لها نقلُه، وقيل: لها ذٰلك، لأن العقدَ وُجدَ فيه، فيوجِبُ أحكامَه فيه، فلا بدَّ في النُّقْلة من الوطن ووقوعِ العقد فيه، وهٰذا إذا كان بين المِصْرَين مسافةٌ، أما إذا كان بينهما ما يمكنُ الأبُ الاطلاع عليه ويبيتُ في منزلهِ فلا بأسَ به، لأنه لا يلحقُه بذٰلك ضررٌ، وصار كالنُّقْلةِ من مَحَلَّةٍ إلى مَحَلَّةٍ أخرى في المِصر المتباعِد الأطراف، والقريتان كالمِصْرَين، وكذا لو انتقلت من القريةِ إلى المِصْر، لأن فيه نظراً للصغيرِ حيث يتخلَّقُ بأخلاقِ أهل المِصْر، وبالعكس لا، لأن أخلاقَ أهلِ السَّواد أجفَى، فكان فيه ضررٌ بالصبيِّ، فلا يجوز.



(١) بيَّض له ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٠٤.

كتاب العِتْق

....

كتاب العِتْق

وهو في اللغة: القوّةُ، يقال: عَتَقَ الطائرُ إذا قَوِيَ على الطَّيَران، وعِتَاقُ الطير: كواسبُها، لقوَّتها على الكَسْب، وعَتَقَتِ الخمرُ: قَوِيَتْ واشتدَّتْ. ويُستعمل للجمَال، يقال: فرس عَتِيقٌ، أي: رائعٌ جَميل، وسُمِّي الصِّدِّيق رضي الله عنه عَتِيقاً لجمالِه. ويُستعمل للكَرَم، ومنه: البيتُ العتيق، أي: الكريم. ويُستعمل للسَّعَةِ والجُودةِ، ومنه: رزقٌ عاتِقٌ، أي: واسعٌ جيّدٌ.

وفي الشرع: زوالُ الرّقِّ عن المملوك. وفيه هٰذه المعاني اللُّغوية، فإنه بالعِتق يقوَى على ما لم يكن قادراً عليه قبلَه من الأقوالِ والأفعال، ويُورِثُه جمالاً وكرامةً بين الناس، ويُزيل عنه ما كان فيه من ضِيقِ الحَجْر والعُبوديةِ، فيتَّسع رزقُه بسببِ القُدرة على الكسب.

والحريّةُ: الخلاصُ، والحُرُّ: الخالصُ، ومنه طين حُرٌّ: خالصٌ لا رَمْلَ فيه، وأرض حُرَّة: خالصةٌ من الخَراج والشوائبِ.

والتحريرُ: إثباتُ الحريَّةِ، وهو الخُلوص في الذَّات عن شائبةِ الرِّقِّ.

. . . .

والرِّقُّ في اللغة: الضَّعفُ، ومنه ثوبٌ رقيقٌ، وصوتٌ[1] رقيق، أي: ضعيف.

وفي الشرع: ضعفٌ معنويٌّ، وهو العَجْزُ عما يقدِرُ عليه الحرُّ من الولايات والشهاداتِ والخُروج إلى الحَجِّ والجهادِ وصلاةِ الجُمُعةِ والجنائزِ وغيرِها من العبادات. وبالإعتاقِ والتحريرِ تثبتُ له القوَّةُ على هٰذه الأفعال، وتخلِّصُه عن شوائبِ الرِّقِّ والإذلال.

وقال القُدُوري: العِتْقُ: إسقاطُ الحَقِّ عن الرِّقِّ، والحقوقُ تَسقُطُ بالإسقاط، فإسقاطُ الحقِّ عن الرِّقِّ عِتْقٌ، وعن استباحةِ البُضْع طلاقٌ، وعن الدُّيون براءةٌ، فإنه إذا أسقَطَ حقَّه عن هٰذه الأشياء لم يبقَ شيءٌ يحتاج إلى النقل، فيسقُطُ، ولا كذٰلك الأعيانُ، فإنه لا يصحُّ إسقاط الحقِّ عنها، لأن العينَ بعدَ الإسقاط تبقى غيرَ منتقلةٍ، فلا يسقطُ حقُّه.

وهو قضيةٌ مشروعةٌ وقُرْبةٌ مندوبةٌ. أما شرعيتها فلقوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]، وقال ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤۡمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، كلَّفَنا بتحرير الرقبةِ، ولولا شرعيتِه لما كلَّفَناه، إذ تكليفُ ما ليس بمشروعٍ قبيحٌ. والنبيُّ ﷺ وأصحابُه أعتَقوا[2]. والإجماعُ على شرعيَّتِه.

---

(١) في (س): «وصوف»، والمثبت من (م).

(٢) ثبت عن النبي ﷺ أنه أعتق صفية، أخرجه من حديث أنس البخاري (٥٠٨٦)، ومسلم ص١٠٤٥ (٨٥)، وهو في «المسند» (١١٩٥٧)، و«صحيح ابن حبان» (٤٠٦٣).

=

وأما النّدبيةُ فقوله تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ ۝١٣ أَوْ إِطْعَٰمٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْغَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣-١٤]، والندبيةُ تدلُّ على المشروعيةِ أيضاً. وروى ابنُ عباس أن النبي عليه السلام قال: «أيُّما مؤمنٍ أعتقَ مؤمناً في الدنيا، أعتقَ اللهُ بكلِّ عضوٍ منه عضواً منه من النار»[1]، وسأل أعرابيٌّ رسولَ الله ﷺ: علِّمْني عملاً يُدخِلُني الجنةَ، فقال: «لئن أقْصَرْتَ الخُطبة لقد أعرضتَ المسألةَ، أعتِقِ النَّسَمَةَ وفُكَّ الرقبة» قال: أليسا واحداً؟ قال: «لا، عِتْقُ الرَّقبةِ: أن تنفردَ بعتِقها، وفَكَّ الرَّقبة: أن تُعِين في ثمنِها»[2].

ثم العِتقُ قد يقعُ قُربةً ومُباحاً ومعصيةً، فإن أعتقَه لوجه الله تعالى أو عن كفارةٍ فهو قُربةٌ، وإن أعتَقَه من غير نيةٍ، أو أعتقَه لفُلانٍ فهو مباحٌ وليس بقُربةٍ، وإن أعتَقَه للصَّنَم أو للشيطان فهو معصيةٌ.

= وقد ثبت عن الصحابة أنهم أعتقوا، فمنهم ابن عمر أخرجه مسلم (١٦٥٧)، وهو في «المسند» (٤٧٨٤). وذكرنا في «المسند» تتمة أحاديث الباب في هٰذا فانظرها فيه.

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٠٦٤٠) و(١٠٦٤١)، وفي سنده محمد ابن أبي حميد وهو ضعيف.

ويغني عنه حديث أبي هريرة أخرجه البخاري (٢٥١٧)، ومسلم (١٥٠٩)، وهو بنحوه في «المسند» (٩٤٤١)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٠٨) بلفظ: «أيما رجل أعتق امرأً مسلماً استنقذ الله بكل عضو منه عضواً منه من النار».

وانظر تتمة أحاديث الباب في «المسند».

(٢) أخرجه من حديث البراء أحمد في «المسند» (١٨٦٤٧)، وابن حبان في «صحيحه» (٣٧٤). وإسناده صحيح، وانظر تمام تخريجه فيهما.

وقوله: لقد أعرضت المسألة، أي: جئت بها عريضة، أي: واسعة.

ولا يَقَعُ إلاَّ مِن مالِكٍ قادرٍ على التَّبرُّعاتِ. وألفاظُه: صرِيحٌ، وكِنايةٌ. فالصَّريحُ يَقَعُ بغيرِ نِيَّةٍ، وهو قولُه: أنتَ حُرٌّ، أو مُحَرَّرٌ، أو عَتِيقٌ أو مُعْتَقٌ، وأعتَقْتُكَ، أو حَرَّرْتُكَ، وهٰذا مَولايَ، أو يا مَولايَ، أو هٰذه مَوْلاتي،

ويُستحبُّ أن يَكتب له كتاباً بالعِتق، ويُشهِدَ عليه به، توثُّقاً وخوفاً من التجاحُد.

(ولا يَقَعُ إلاَّ مِن مالِكٍ قادرٍ على التَّبرُّعاتِ) أما المِلْكُ فلقوله عليه السلام: «لا عِتْقَ فيما لا يملِكُه ابنُ آدم»[1]، وكذٰلك إذا أضافَه إلى ملكِه كما مرّ في الطلاق. وأما كونُه قادراً على التبرُّعات، فلأنه تبرُّعٌ.

قال: (وألفاظُه: صرِيحٌ وكِنايةٌ، فالصَّريحُ يَقَعُ بغيرِ نِيَّةٍ) كما قلنا في الطلاق (وهو قولُه: أنتَ حُرٌّ، أو مُحَرَّرٌ، أو عَتِيقٌ أو مُعْتَقٌ) وإن نوى به الخُلوصَ والقِدَمَ صُدِّق ديانةً لا قضاءً، لأنه خلافُ الظاهرِ، وهو يحتملُه.

(و) قولُه: (أعتقْتُكَ، أو حَرَّرْتُكَ) صريحٌ أيضاً، (و) كذٰلك (هٰذا مَولايَ، أو يا مَولايَ، أو هٰذه مَوْلاتي) لأنه يُستعمَلُ في المعتَق والمعتِق، فإذا انتفى أحدُهما ثَبَتَ الآخرُ ضرورةً، ولو نوى النُّصرةَ والمحبَّةَ صُدِّق ديانةً لا قضاءً لما بينا. ولو قال: أنتَ حرٌّ من هٰذا العمل، أو أنت حرٌّ اليومَ من هٰذا العمل، عَتَقَ قضاءً، لأنه متى صار حرّاً في شيءٍ صار حُرّاً في كلِّ الأشياء، لأن الحرِّيَّة لا تتجزأ.

---

(١) أخرجه عن عبد الله بن عمرو ضمن حديث أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، وهو في «المسند» (٦٧٦٩). وهو حديث حسن.

ويا حُرُّ، ويا عَتيقُ، إلاَّ أن يُجْعَلَ ذٰلك اسماً له فلا يَعْتِقُ. وكذٰلكَ إضافَةُ الحُرِّيَّةِ إلى ما يُعَبَّرُ به عن البَدَنِ.

(**ويا حُرُّ، ويا عَتيقُ**) صريحٌ أيضاً (**إلاَّ أن يُجْعَلَ ذٰلك اسماً له فلا يَعْتِقُ**) إلا أن يُريد به الإنشاءَ.

قال: (**وكذٰلكَ إضافَةُ الحُرِّيَّةِ إلى ما يُعَبَّرُ به عن البَدَنِ**) وهو كالطلاقِ في التفصيلِ والحُكم والخلافِ والعِلَّة، ولو أعتَقَ جزءاً شائعاً كالثُّلثِ والرُّبعِ عَتَقَ ذٰلك الجزءُ عند أبي حنيفة، ويسعى العبدُ في الباقي، وعندهما يَعتِقُ كلُّه على ما نبينُه إن شاء الله تعالى. ولو قال: بعضُك حرٌّ، أو جزؤُكَ، عَتَقَ كلُّه عندهما. وعنده: يؤمَرُ بالبيان. ولو قال: دمُكَ حرٌّ، فيه روايتان. وعند أبي يوسف: لو قال لأمَتِه: فَرْجُكِ حرٌّ من الجِماع، عَتَقَتْ، ولو قال لعبدِه: فرْجُكَ حرٌّ يَعتِقُ، وقيل: لا يَعتِقُ لأن فَرْجَ المرأةِ يعبَّرُ به عن جميع البَدَن، لا فرج الرجل، قال عليه السلام: «لعَنَ الله الفُروجَ على السُّروج»[1]، والمرادُ النساء. وفي الاسْتِ والدُّبُرِ الأصحُّ أنه لا يَعتِقُ، لأنه لا يعبَّرُ به البدن. وفي العُنُق روايتان.

ومما يلحقُ بالصريح قوله لعبده: وهبتُ لكَ نفسك، أو بعتُكَ نفسَكَ، فإنه يَعتِقُ بغير نيةٍ: قَبِلَ العبدُ أو لم يَقْبَلْ، لأن ذٰلك يقتضي زوالَ الملكِ إلى العبدِ، فيزولُ ملكُه بإزالتِه صريحاً، فلم يكن صريحاً في العِتْقِ لأنه ليس بموضوعٍ لغةً، لٰكنه مُلحَقٌ بالصريح من حيثُ إنه

---

(١) لا أصل له، وقد سلف ص١٥٤.

والكِناياتُ تَحتاجُ إلى النِّيَّةِ، وذٰلكَ مثلُ قولِه: لا مِلْكَ لي عليكَ، ولا سَبِيلَ لي عليكَ، ولا رِقَّ، أو خرَجْتَ مِن مِلْكي. وكذٰلكَ لو قال لأمَتِه: أطلَقتُكِ. ولو قال: طَلَّقتُك لا تَعْتِقُ وإن نَوَى.

يقعُ بغير نية، وإنما يملكُ العبد النفسيَّة دون الماليةِ، لأنه بغير عِوَض، فيكون إعتاقاً، فلا يحتاجُ إلى القَبول، حتى لو قال له: بعتُ منكَ نفسَكَ بكذا، افتقَرَ إلى القَبول لمكان العِوَضِ.

(**والكِناياتُ تَحتاجُ إلى النِّيَّةِ**) لاحتمال اللفظِ العتقَ وغيرَه، فلا يتعيَّنُ أحدُهما إلا بالنية كما قلنا في الطلاق.

(**وذٰلكَ مثلُ قولِه: لا مِلْكَ لي عليكَ، ولا سَبِيلَ لي عليكَ، ولا رِقَّ، أو خرَجْتَ مِن مِلْكي**) لأنه يحتملُ: لا ملكَ لي عليكَ لأني بعتُكَ أو وهبتُكَ، ويحتمل: لأني أعتقتُكَ، وكذلك سائرُها، فاحتاج إلى النية، وكذا خلَّيتُ سبيلَكَ، أو لا سبيلَ لي عليكَ، لأن نفيَ السبيل يكونُ بالبَيع، ويكون بالكتابةِ، ويكون بالعِتْق، فلا يتعيَّنُ إلا بالنية.

(**وكذا لو قال لأمَتِه: أطلَقتُكِ**) لأنه بمعنى خلَّيتُ سبيلَكِ.

(**ولو قال: طَلَّقتُكِ، لا تَعْتِقُ وإن نَوَى**) وكذٰلك سائرُ ألفاظِ صريحِ الطلاق وكناياتِه، لأن ملكَ اليمين أقوى من ملك النكاح، وما يُزيل الأقوى يُزيل الأضعفَ بطريق الأولى، أما ما يكونُ مُزيلاً للأضعفِ لا يلزمُ أن يكون مُزيلاً للأقوى، ولأن العِتْقَ إثباتُ القوَّةِ على ما قدمنا، والطلاقَ رفعُ القيدِ، وبين الإثباتِ والرفع تضادٌّ، ولأن صريحَ الطلاقِ وكناياتِه مستعمَلةٌ لحُرمةِ الوطء، وحرمةُ الوطء تُنافي النكاحَ ولا تُنافي

وإن قال: هٰذا ابْنِي أو أبي أو أمِّي عَتَقَ (سم)، . . . .

المملوكيةَ، فلا يقعُ كنايةً عنه. ولو قال لأمتِه: أنتِ حرٌّ، أو لعبدِه: أنتَ حرَّةٌ، لا تَعتِقُ إلا بالنيةِ، لأنه ليس صريحاً فيه. ولو قال: لا حقَّ لي عليكَ، يَعتِقُ إذا نوى، روي ذٰلك عن أبي حنيفةَ ومحمدٍ، لأن الحقَّ عبارة عن الملكِ، فكأنه قال: لا ملكَ لي عليكَ. ولو قال: أنتَ لله، أو جعلتُك خالصاً لله، روي عن أبي حنيفة أنه لا يَعتِقُ، لأن الأشياء كلَّها لله تعالى بحُكم التخليق. وعنهما: أنه يَعتِقُ لأن الخُلوص لله تعالى لا يتحقَّق إلا بالعِتْق.

قال: (**وإن قال: هٰذا ابْنِي أو أبي أو أمِّي عَتَقَ**) وكذٰلك قوله: هٰذا عمِّي أو خالي. ثم إن كان العبدُ يصلُحُ والداً أو ولداً وهو مجهولُ النسب يثبُتُ نسبُه أيضاً، لأن له ولايةَ الدعوةِ، والعبدُ محتاجٌ إلى النسب، فيثبتُ ويَعتِقُ بالإجماع، وإن كان لا يصلُح والداً في قوله: هٰذا أبي، بأن كان أصغرَ منه، ولا ولداً في قوله: هٰذا ابني، بأن كان أكبرَ منه، أو مقارِنَه، عَتَقَ أيضاً عملاً بمجاز اللفظ وهو الحريّةُ عليه من حين ملكِه، ولا يثبتُ النسبُ لتعذُّرِه. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يَعتِقُ لأنه كذبٌ، فصار كقولِه: أعتقتُكَ قبل أن أُخْلَقَ. ولأبي حنيفةَ: أنه إن تعذَّر العملُ بحقيقتِه أمكَنَ العملُ بمجازِه، لأن الحريَّةَ ملازِمةٌ للبُنُوةِ في المملوك، والملازمةُ من طريق المجاز تحرُّزاً عن إلغاء كلامِ العاقلِ، بخلاف ما ذُكر لأنه لا وجه للمجازِ فيه، فتعيَّن الإلغاءُ، ثم قيل: لا يُشترَط تصديقُ العبدِ، لأن إقرارَ المالك على مملوكِه يصحُّ من

ولو قال: هٰذا أخي لم يَعْتِقْ، ولو قال: يا ابْنِي أو يا أخِي لم يَعْتِقْ،

غير تصديقِه، وقيل: يشترطُ التصديقُ فيما سوى دعوةِ البنوَّةِ، لأن غيرَ البنوّةِ حملُ النسبِ على غيره، فيكون دعوى على العبدِ يلزمُه بعدَ الحريَّةِ، فيُشترط تصديقُه، وإن كان العبدُ معروف النسبِ لا يثبتُ نسبُه منه للتعذُّر، ويَعتِقُ عملاً بما ذكرنا من المجاز.

(ولو قال: هٰذا أخي لم يَعْتِقْ) في ظاهر الرواية، لأنه يُراد به الأخُ في الدِّين عُرفاً وشَرْعاً، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠]، وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ: أنه يعتِقُ لأن ملكَ الأخِ موجبٌ للعِتْقِ، والأخوَّةُ عند الإطلاق تنصرفُ إلى النسب.

(ولو قال: يا ابْنِي أو يا أخِي لم يَعْتِقْ) في ظاهر الرواية. وروى الحسنُ عن أبي حنيفة: أنه لا يَعتِقُ بالنداء إلا بخمسةِ ألفاظ: يا ابني، يا بنتي، يا عَتِيقُ، يا حرُّ، يا مولايَ. وقال محمد في «النوادر»: لا يعتِقُ إلا بالثلاثة الأخيرةِ، لأن النداءَ وُضِع لإعلام المنادَى، لا لتحقيق معنى النِّداء في المنادى، حتى يقالُ للبصير: يا أعمَى، وللأبيضِ: يا أسودُ، إلا فيما تعارَفَ الناسُ إثباتَ العِتْقِ به وهي الألفاظُ الثلاثةُ. ولأبي حنيفة: أنه تعذَّرَ جعلُه إعلاماً، لأن المذكور ليس باسمٍ له وضعاً، فجعلناه لإثبات معنى النداء في المنادَى وهو الحريَّةُ، صوناً لكلامه عن الإلغاء. ولو قال لعبده: هٰذه بنتي، أو لأمَتِه: هٰذا ابني، عَتَقَ عند أبي حنيفةَ عملاً بالإشارة، وقيل: لا يَعتِقُ لأن الإشارةَ والتسميةَ اجتمعا في جنسين، فكانت العبرةُ للتسمية، والمسمَّى معدومٌ.

ولو قال: أنتَ مِثْلُ الحُرّ لم يَعْتِقْ، ولو قال: ما أنتَ إلاّ حُرٌّ عَتَقَ، ولو قال: لا سُلْطانَ لي عليكَ لم يَعْتِقْ وإن نَوَى.

وعِتْقُ المُكْرَه والسَّكْرَانِ واقعٌ.

فصل

ومَن مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه عَتَقَ عليه ولو كان المالِكُ صبِيّاً أو مجنوناً، ....

(ولو قال: أنتَ مِثْلُ الحُرّ لم يَعْتِقْ) لأن هٰذا اللفظ يُرادُ به المشاركةُ في بعض المعاني عُرفاً، وقد وُجد، فلا يَعتِقُ بالشَّكِّ. وقال بعضُ المشايخ: يَعتِقُ إذا نوى، كقوله لامرأتِه: أنتِ مثلُ امرأةِ فلانٍ، وفلانٌ قد آلى من امرأتِه، إن نوى الإيلاءَ يصيرُ مُولياً.

(ولو قال: ما أنتَ إلاّ حُرٌّ عَتَقَ) لأن هٰذا إثباتٌ من النفي، فهو أبلغُ في التأكيد، كلفظةِ الشهادة.

(ولو قال: لا سُلْطانَ لي عليكَ، لم يَعْتِقْ وإن نَوَى) لأنَّ السلطانَ عبارةٌ عن اليد، فصارَ كأنه قال: لا يدَ لي عليكَ، ونوى لا يعتِقُ، لأنَّ نفيَ اليدِ المفردةِ بالكناية لا بالعِتْقِ.

(وعِتْقُ المُكْرَه والسَّكْرَانِ واقعٌ) لما مرّ في الطلاق.

فصل

(ومَن مَلَكَ ذا رَحِم مَحْرَمٍ منه عَتَقَ عليه ولو كان المالِكُ صبِيّاً أو مجنوناً) لقوله عليه السلام: «مَن ملك ذا رَحِمٍ محرمٍ منه فهو حرٌّ» وفي

رواية: «عَتَقَ عليه»[1] فينتظمُ الصغيرَ والكبيرَ والعاقلَ والمجنونَ والمسلمَ والكافرَ، عملاً بعُموم كلمة «مَنْ»، ولأنه تعلَّقَ به حقُّ العباد وهم الأقرِباء، فيدخلُ فيه الصغيرُ والمجنونُ، كالنفقاتِ وضمانِ المُتْلَفات، ويدخل فيه كلُّ ذي رحِمٍ مَحْرَمٍ، وِلادٍ وغيرِه، كالإخوةِ وبنيهم والأعمامِ والعمّات والأخوالِ والخالاتِ، عملاً بالإطلاق. وذو الرحِمِ المَحْرَمِ: كلُّ شخصين يُدْلِيان إلى أصلٍ واحدٍ بلا واسطةٍ كالأخَوَين، أو أحدُهما بواسطةٍ والآخرُ بغير واسطةٍ كالعمِّ وابنِ الأخ إلى الجَدِّ.

ولا يَعتِقُ بالمِلك ذو رحِمٍ غيرِ محرمٍ، كبني الأعمامِ والأخوالِ وبني العماتِ والخالاتِ، ولا مَحرَمٍ غيرِ ذي رحمٍ كالمحرَّمات بالصِّهريَّة والرَّضاع، لأن العتقَ بدون الإعتاق ضررٌ، إلا أنا خالفناه في الرَّحمِ المحرَّمِ بالنَّصِّ، فبقي الباقي على الأصل.

قال: (**والمُكاتَبُ يَتكاتبُ عليه قرابةُ الوِلادِ لا غيرُ**) وقالا: يَتكاتب عليه الأخُ ومَن في معناه، وهو روايةٌ عن أبي حنيفةَ، لأنه لو كان حُرّاً

---

(١) أخرجه من حديث سمرة أبو داود (٣٩٤٩)، وابن ماجه (٢٥٢٤)، والترمذي (١٣٦٥)، والنسائي في «الكبرى» (٤٨٩٨)، وهو في «المسند» (٢٠١٦٧) ولفظه: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر». وهو حديث صحيح لغيره. وهو في موضع آخر في «المسند» برقم (٢٠٢٠٤) ولفظه: «من ملك ذا رحم فهو عتيق».

وانظر تمام تخريج الحديث وشواهده في «المسند» في الموضع الأول.

ومَن أعتقَ عبدَه للصَّنَم أو للشَّيطانِ عَتَقَ وكانَ عاصِياً. ومَن أعتقَ حامِلاً عَتَقَ حَمْلُها معها، وإن أعتقَ حَمْلَها عَتَقَ خاصَّةً. . . . .

عَتَقَ عليه، فإذا كان مكاتَباً يَتكاتَبُ عليه كقرابةِ الوِلاد. وله: أن ملكَ المكاتَبِ ناقصٌ، حتى لا يقدرُ على الإعتاقِ، والوجوبُ عند القدرة، وقرابةُ الوِلاد العتقُ فيهم من مقاصدِ الكتابةِ، فامتَنَع البيْعُ تحصيلاً لمقصودِ الكتابة. أما حريةُ الأخِ والعمِّ ليست من مقصودِ الكتابةِ، فلا يظهرُ فيهما.

قال: **(ومَن أعتَقَ عبدَه للصَّنَم أو للشَّيطانِ عَتَقَ وكانَ عاصِياً)** لصُدور الإعتاق من أهلِه مضافاً إلى مَحَلِّه عن ولايةٍ، ولأن قولَه: أنتَ حرٌّ، صريحٌ في العتقِ، فيقعُ، ويلغو قولُه للصَّنم أو للشيطان ويكونُ عاصياً، لأن ذٰلك من فعلِ الكَفَرةِ وعَبَدَة الأصنام.

قال: **(ومَن أعتَقَ حامِلاً عَتَقَ حَمْلُها معها)** لأنه متصلٌ بها، فصار كبعض أجزائِها، وليس القبضُ والتسليمُ فيه شرطاً فيصحُّ، بخلاف البيعِ والهبةِ حيث لا يصحُّ لاشتراط القبضِ أو القدرةِ عليه.

(وإن أعتَقَ حَمْلَها عَتَقَ خاصَّةً) لأن العِتقَ لم يَرِدْ عليها لتَعتِقَ أصالةً، ولا تَعتِقُ تَبَعاً، لأنها أصلٌ. ولو أعتقَه على مالٍ عَتَقَ وبَطَلَ المال، لأن المالَ لا يلزمُ الحَمْلَ، لأنه لا ولايةَ له ولا عليه، ولا يلزمُ الأمَّ لعدم التزامِها، ثم إنما يُعرَف قيامُ الحَمْل وقتَ العِتْقِ إذا جاءت به لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ من يوم العِتق لما عُرف.

والوَلَدُ يَتْبَعُ الأمّ في الحُريَّةِ والرِّقِّ والتَّدبير. ووَلَدُ الأمَةِ مِن مَوْلاها حُرٌّ. وولَدُ المَغْرُورِ حُرٌّ بالقِيمَةِ. ومَنْ أعتقَ عبدَه على مالٍ وقَبِلَ، عَتَقَ ولزِمَه المالُ.

قال: (**والوَلَدُ يَتْبَعُ الأمّ في الحُريَّةِ والرِّقِّ والتَّدبير**) لأن جانبَ الأمِّ راجحٌ اعتباراً لما عُرف.

(**ووَلَدُ الأمَةِ مِن مَوْلاها حُرٌّ**) لأنه انخلَقَ من مائِه، وقد انعلَقَ على مِلْكِه، فيَعتِقُ عليه.

(**ووَلَدُ المَغْرُورِ حُرٌّ بالقِيمَةِ**) وهو ما إذا تزوّجَ حرٌّ امرأةً على أنها حرّةٌ فإذا هي أمةٌ، فأولادُه منها أحرارٌ، وعليه قيمتُهم لمولاها، على ذٰلك إجماعُ الصحابة رضي الله عنهم. ولو كان المغرورُ مكاتَباً أو مدبَّراً أو عبداً فكذٰلك عند محمد، لأن ما نُقل من إجماع الصحابة لا يفصِلُ، وقالا: أولادُهم أرقّاءُ لحُصولهم بين رقيقين، فلا وجه إلىٰ حرِّيّتهم، بخلاف الأبِ الحرِّ فإنه أمكنَ جعلُ الولد حرّاً تَبَعاً لأبيه، وإجماعُ الصحابة لم يَرِدْ قولاً، بل حَكَموا بذٰلك في صورةٍ كان الأبُ حرّاً، فلا يُقاس عليه، ولأن العبدَ لا يعيَّر بكون ولدِه عبداً، والحرُّ يُعيَّر، فافترقا.

قال: (**ومَنْ أعتقَ عبدَه على مالٍ وقَبِلَ، عَتَقَ ولزِمَه المالُ**) مثل أن يقول: أنتَ حرٌّ بألفٍ، أو على ألفٍ، أو على أن لي عليكَ ألفاً، أو على أن تُعطِيَني ألفاً، أو على أن تؤدِّيَ إليَّ ألفاً. وإنما شَرَط قبولَه لأنه معاوضةٌ، ومِن شرطها ثبوتُ الحُكم بقَبول العِوَض في الحال كالبيع، ولهٰذا قلنا: يَعتِقُ إذا قَبلَ، لأنه علَّق العِتْقَ بالقَبول لا بالأداء، وقوله: لَزِمَه المالُ، معناه: يصير دَيناً عليه، حتى تصحُّ به الكفالةُ، واللفظُ

وإن قال: إنْ أدَّيْتَ إليَّ ألْفاً فأنتَ حُرٌّ، صارَ مأذُوناً ويَعْتِقُ بالتَّخلِيةِ (ز) بينَه وبينَ الألْفِ، وله أن يَبِيعَه قَبْلَ أداءِ المالِ.

بإطلاقِه ينتظمُ جميعَ أنواع المال: النقودَ والعُروضَ والحيوانَ، وإن كان بغيرِ عينِه لأنه معاوضةُ مالٍ بغير مالٍ كالنكاح وأخواتِه. ويتعلَّقُ بقَبولِه في المجلس إن حَضَرَ، وإن غابَ على مجلس عِلْمِه، وإن كان التعليقُ بـ«إذا» فهو كالتعليق بـ«متى» لا يتوقف بالمجلس، وقد عُرف في الطلاق.

قال: (**وإن قال: إنْ أدَّيْتَ إليَّ ألْفاً فأنتَ حُرٌّ، صارَ مأذُوناً ويَعْتِقُ بالتَّخلِيةِ بينَه وبينَ الألْفِ، وله أن يَبِيعَه قَبْلَ أداءِ المالِ**) أما صَيرورتُه مأذوناً، فلأنَّ المولى لمّا طلبَ منه أداءَ المال ـ وطريقُه الاكتسابُ بالتجارة غالباً ـ فقد أذِنَ له في التجارة دِلالةً. وأما جوازُ البيع قبلَ أداءِ المال لأنه علَّق عتقَه بأداءِ جميع المال، فما لم يؤدِّه لم يوجد شرطُه فلا يَعتِقُ، وليس بمكاتَبٍ، فله بيعُه. وأما عِتْقُه بالتخلية فمذهبُنا. وقال زفر: لا يَعتِقُ إلا بالأداء إليه، لأنه الشرطُ، فلا يَعتِقُ قبلَه. ولنا: أن هٰذا تعليقٌ لفظاً، معاوضةٌ مقصوداً، لأن الألْفَ يصلُحُ عِوَضاً عن العِتق، حتى لو نَصَّ على المعاوضةِ يصيرُ عِوَضاً فينعقدُ معاوضةً بين الألْفِ والعتقِ تحصيلاً لمقصودِه، فباعتبارِ المعاوَضةِ ينزلُ المولى قابلاً للبَدَل متى وَصَلَ إليه، لئلا يتضرَّرَ العبدُ به، وقد رضي المولى بنزولِ العِتق عندَ وصول الألْف إليه، وبالتخليةِ قد وصلتْ إليه، فجعلناه تعليقاً ابتداءً عملاً باللفظ دفعاً للضَّرر عن المولى، لئلا يخرجَ عن ملكِه

فصل

ومَنْ أعتَقَ بعضَ عبدِه عَتَقَ، وسَعَى في بقِيَّةِ قِيمَتِه لمولاهُ (سم).

ولا يسريَ إلى الولدِ قبلَ الأداء معاوضةً عند الأداء دفعاً للضررِ عن العبد، حتى يَعتِقُ بالأداء على ما بينا، ونظيرُه: الهبةُ بعِوَضٍ: هبةٌ ابتداءً بيعٌ انتهاءً. ولو أدَّى البعضَ أُجبرَ المولى على قَبولِه، ولا يَعتِقُ لما قلنا، فإن أدَّى ألْفاً اكتَسَبها قبلَ التعليق عَتَقَ لوجود الشرط، ويرجعُ عليه المولى بمثلِها، لأنه أدَّاها من مال المولى، وإن أدَّاها من مالٍ اكتَسَبَه بعدَ التعليق عَتَقَ ولا يرجعُ عليه، لأنه مأذونٌ في الأداء منه على ما بيناه.

فصل

(**ومَنْ أعتَقَ بعضَ عبدِه عَتَقَ، وسَعَى في بقِيَّةِ قِيمَتِه لمولاهُ**) وقالا: يَعتِقُ كلُّه، لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، فإضافةُ العِتقِ إلى بعضِه كإضافتِه إلى كلِّه كما في الطلاق، وعند أبي حنيفة: يتجزأُ، فيقتصرُ على ما أعتَقَ. لهما قولُه ﷺ: «من أعتَقَ شِرْكاً له في عبدٍ، فقد عَتَقَ كلُّه، ليس لله فيه شريكٌ»[1] ولأن الإعتاقَ إثباتُ العتقِ، وهو قوَّةٌ

---

(١) أخرج أبو داود (٣٩٣٣)، والنسائي في «الكبرى» (٤٩٥١)، وهو في «المسند» (٢٠٧٠٩) و(٢٠٧١٦) من طريق أبي المليح، عن أبيه: أن رجلاً من قومه أعتق شقيصاً له من مملوك، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فجعل خلاصه عليه في ماله، وقال: «ليس لله شريك». وفي لفظ آخر من نفس الطريق: أن رجلاً من هذيل أعتق شقيصاً له من مملوك فقال رسول الله ﷺ: «هو حر كله، ليس لله شريك». وهو حديث صحيح. وانظر تمام تخريجه في «المسند» في الموضعين.

. . . .

حُكميّةٌ، والقوّةُ لا تتجزأ، إذ لا يكون بعضُه قوياً وبعضُه ضعيفاً، أو نقول: هو إزالةُ الرِّقِّ الذي هو ضعفٌ حُكميٌّ، وكلٌّ واحدٍ منهما لا يتجزأ، فصار كالعفوِ عن القِصاص. وله: ما روى نافعٌ عن ابن عمرَ أن النبيَّ ﷺ قال: «من أعتَقَ شِقْصاً من عبدٍ فعليه عِتْقُ كلِّه»، وفي رواية: «كُلِّف عِتْقَ ما بقي»، وفي رواية: «وجَبَ عليه أن يُعتِقَ ما بقي»[1]، ولو عَتَقَ بنفسِ الإعتاق لما وَجَبَ عليه إعتاقُه، ولمَا كُلِّف ذٰلك، لأن إعتاقَ المُعتَقِ مُحالٌ. وقال عليه السلام: «مَن أعتَقَ شِرْكاً له في عبدٍ وكان له مالٌ يبلُغُ ثمنَ العبد، قُوِّم عليه قيمةَ عَدْلٍ، وأعطى شركاءَه حِصَصَهم، وعتَقَ عليه العبدُ، وإلا فقد عَتَقَ عليه[2] ما عَتَقَ»[3]. وروى سعيدُ بن المسيّب عن جماعةٍ من أصحاب رسولِ الله ﷺ أنهم قالوا: إذا كان العبدُ بين رجلين، فأعتَقَه أحدُهما، فإن يُقوَّم عليه بأعلى القيمةِ، ثم يُغرَّمُ ثمنَه، ثم يَعتِقُ العبدُ[4]. وعائشةُ رضي الله عنها ترفعُه

(١) أخرجه بنحوه البخاري (٢٤٩١) و(٢٥٠٣)، ومسلم (١٥٠١)، وهو في «المسند» (٤٤٥١). وانظر تمام تخريجه وشواهده فيه. وانظر ما بعده.

(٢) لفظة: «عليه» سقطت من (س)، وأثبتناها من (م)، ومن «السنن المأثورة» للشافعي ص٤٠٥، و«شرح معاني الآثار» ٣/ ١٠٦، وفي «الصحيحين» وغيرهما: منه.

(٣) انظر سابقه.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» ٦/ ٤٨٣-٤٨٤ عن أبي معاوية، عن حجاج، عن عمرو بن شعيب، عن سعيد بن المسيب قال: كان ثلاثون من =

. . . .

إلى النبيِّ عليه السلام[1] . ولأن الإعتاقَ إزالةُ ملكِه، والمتصرِّفُ إنما يتصرَّفُ فيما يدخلُ تحتَ ولايتِه وهو إزالةُ ملكِه، فيتقدَّر به. والأصلُ أن التصرُّفَ يقتصرُ على موضعِ الإضافةِ، والتعدّي في الطلاقِ والقِصاصِ لعدم التجزِّي، أما الملكُ فإنه متجزئٌ كما في البيع والهبةِ. ويسمَّى إعتاقاً مجازاً لأنه يصيرُ إلى العِتقِ، فيُحمل حديثُهما على ذٰلك توفيقاً بين الأحاديث، وتجبُ السعاية في الباقي على العبد، لأن ماليَّةَ الباقي صارت محتبِسَةً عند العبد، ولأن ما بقي منه على ملكِه، ووَجَبَ إخراجُه إلى الحريَّةِ بما روينا، ولا يلزمُه إزالتُه بغير عِوَضٍ، فكان له أن يستسعِيَه، وله أن يُعتِقَه لأنه مِلْكُه لما روينا، وكالمكاتَب.

= أصحاب رسول الله ﷺ يضمنون الرجل يعتق العبد بينه وبين صاحبه إن كان موسراً. وإسناده ضعيف لضعف حجاج، وهو ابن أرطاة.

وأخرج أحمد في «مسنده» (١٦٤١٨) عن يزيد بن هارون، عن حجاج بن أرطاة بالإسناد السالف بلفظ: حفظنا عن ثلاثين من أصحاب رسول الله ﷺ أنه قال: «من أعتق شِقصاً له في مملوك ضمن بقيته». وانظر تمام تخريجه في «المسند».

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٦٨٦٦) عن محمد بن الحارث المحاربي، قال: حدثنا صفوان بن صالح، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، قال: حدثنا المثنى بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، عن عروة بن الزبير، عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إذا كان العبد بين شركاء، فأعتقه أحدُهم، قوِّم عليه بأغلى القيمة، فيغرم ثمنه، ويعتق العبد». قال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ٢٤٩: وفيه المثنى بن الصباح، وهو ضعيف، وقد وثق.

والمُستَسعَى كالمكاتَبِ (سم). ولو أعتَقَ أحدُ الشَّريكَينِ نَصِيبَه عَتَق، فإن كان قادراً على قيمةِ نصيبِ شريكِه فاضِلاً عن مَلبُوسِه، وقُوتِ يومِه وعِيالِه، فشَريكُه إن شاءَ أعتَقَ، وإن شاءَ دَبَّرَ، وإن شاءَ كاتَبَ، وإن شاءَ ضَمَّنَ المُعتِقَ، وإن شاء استَسعَى العبدَ. وإن كان مُعْسِراً فكذٰلكَ إلا أنَّه لا يُضَمِّنُ (سم).

قال: (**والمُستَسعَى كالمكاتَبِ**) عند أبي حنيفةَ حتى يؤدِّيَ السِّعايةَ، لأنه تعلَّق عتقُه بأداءِ المال، فلا تُقبَلُ شهادتُه، ولا يرِثُ ولا يُورَثُ ولا يتزوَّجُ، ويفارِقُ المكاتَبَ في خَصْلةٍ، وهو أنه لا يُردُّ في الرِّقِّ لو عَجَزَ، لأن الذي أوجبَ السعايةَ وقوعُ الحريَّةِ في بعضِه، وهو موجود بعدَ العَجْز. وقالا: هو حرٌّ مديون، لأن العِتْقَ وقع في جميعِه بناءً على ما تقدَّم من الأصل في التجزِّي، فهو كسائر الأحرار عندهما، وهٰذا كما إذا أعتَقَ بعضَ عبدِه، أو أعتَقَ بعضُ الشركاءِ نصيبَه، أو بعضُ الورثةِ أو الغُرَماء أو المريضُ ولم يخرج من الثلث. أما العبدُ الرَّهنُ إذا أعتَقَه الراهنُ وهو معسرٌ وسعَى العبدُ فهو حرٌّ بالإجماع، لأن الدَّين على الراهنِ لا في رقبةِ العبد، ولهٰذا يرجعُ العبدُ على الراهنِ بما سعى.

قال: (**ولو أعتَقَ أحدُ الشَّريكَينِ نَصِيبَه عَتَق، فإن كان قادراً على قيمةِ نصيبِ شريكِه فاضِلاً عن مَلبُوسِه، وقُوتِ يومِه وعِيالِه، فشَريكُه إن شاءَ أعتَقَ، وإن شاءَ دَبَّرَ، وإن شاءَ كاتَبَ، وإن شاءَ ضَمَّنَ المُعتِقَ، وإن شاء استَسعَى العبدَ. وإن كان مُعْسِراً فكذٰلكَ إلا أنَّه لا يُضَمِّنُ**) وقالا: ليس له إلا الضمانُ مع اليسار، والسعايةُ مع الإعسار.

. . . .

والكلامُ في هٰذه المسألة في مواضع:

أحدُها: الضمانُ في حالة اليسار، والدليلُ عليه ما روي من الأحاديث من أن النبيَّ عليه السلام أوجَبَ الضمانَ على المعتِقِ الموسِرِ، فيجبُ عليه، ولأنه أتلَفَ نصيبَ الساكِتِ حيث أعجَزَه عن التصرُّف فيه بالتمليك، فله أن يُضمِّنَه، فإذا ضمَّنَه فالمعتِقُ إن شاء أعتَقَ لأنه مَلَكَه بالضمان، وإن شاء استسعَى العبدَ لأنه انتقلَ إليه بما كان لشريكِه من الحقوق، والولاءُ له في ذٰلك كلِّه، لأنه هو الذي أعتَقَه أو عتَقَ على ملكِه، ويرجع بما أدَّى على العبد، لأنه لما أدَّى صار كالشريكِ الساكِت، وللساكتِ ذٰلك بالسعايةِ، فكذا هٰذا.

والثاني: للساكتِ ولايةُ الإعتاق لما تقدّم أنه على ملكِه، فله أن يُعتِقَ تسويةً بينَه وبين شريكِه، فإذا أعتَقَ كان ولاءُ نصيبه له.

والثالث: للساكت أن يستَسعيَ العبدَ، لحديث أبي هريرة قال: قال رسولُ الله ﷺ: «من أعتَقَ شِقْصاً من مملوكٍ فعليه أن يُعتِقَه كلَّه إن كان له مالٌ، فإن لم يكن له مالٌ استسعَى العبدَ غيرَ مشقوقٍ عليه»[1]، ولأن نصيبَه باقٍ على ملكِه، فله أن يأخذَه من العبد لما بينا، فإذا استسعَى فولاءُ نصيبِه له أيضاً، لأنه عِتْقٌ على ملكِه.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٩٢)، ومسلم (١٥٠٣)، وهو في «المسند» (٧٤٦٨)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣١٨).

. . . .

والرابع: له أن يدبِّر أو يكاتِبَ، لأنه لما ثَبَتَ أن ملكَه باقٍ فيه، كان قابلاً للتَّدبير والكتابةِ، ولأن التدبيرَ نوعُ إعتاقٍ، والكتابةَ استسعاءٌ منجَّمٌ، ويكونُ الولاءُ له أيضاً.

وفي حالة الإعسار: إن شاءَ الساكتُ أعتَقَ أو دَبَّر أو كاتَبَ أو استسعَى لما بينا، والولاءُ له في الوجوه كلِّها، لأنه عتْقٌ على ملكِه، وهٰذه المسألة تُبتنَى على تجزِّي الإعتاق، فلما كان يتجزأ عنده تفرَّعت هٰذه الأحكامُ عليه، ولما لم يتجزأ عندهما عَتَقَ كلُّه، فإن كان موسراً يتعيَّنُ الضمانُ، لأنه أتلَفَ عليه نصيبَه وهو موسِرٌ، وإن كان معسِراً تعذَّر ضمانُه فيُستسعَى العبدُ، لأن ماليتَه محتبسةٌ عندَه، فله أن يستسعيَه كغاصِبِ الغاصبِ ونحوه، ولا يرجعُ العبدُ بما يؤدِّي بإجماعٍ بيننا، لأن منفعتَه حصلت للعبدِ بغير رِضا المَولى، فكان ضماناً بعِوَضٍ حصل له، ولأنه يسعَى لفِكاكِ رقبتِه لا لقضاءِ دَينٍ على المعتِقِ، لأنه معسِرٌ لم يلحقْه شيءٌ. ولهما أيضاً قولُه عليه السلام: «من أعتَقَ نصيبَه من عبدٍ مشتركٍ، إن كان غنياً ضَمِنَ، وإن كان فقيراً يسعَى العبدُ»[1]، قَسَمَ، والقِسمةُ تُنافي الشركة، ويُعتبر الإعسارُ واليسارُ يومَ

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٠٧ فقال: ذكره المخرجون من حديث أبي هريرة باللفظ الذي قدمنا وهو بمعناه (قلنا: وهو السالف قريباً) وأما لفظه: فأخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» من حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال في الرجل يعتق نصيبه في المملوك: «إن كان غنياً=

. . . .

الإعتاق، حتى لو أعتَقَ وهو موسرٌ فأعسَرَ لا يبطُلُ التضمين، وإن كان معسِراً فأيسَرَ لا يثبتُ له حقُّ التضمين، لأنه حقٌّ ثبتَ بنفسِ العِتق، فلا يتغيرُ. وإن اختلفا في ذٰلك يُحكَّم الحالُ، إلا أن يكون بين الخصومةِ والعِتق مدّةٌ تختلف فيها الأحوال، فالقولُ للمعتِقِ لأنه منكِرٌ. ولو اختلفا في قيمةِ العبدِ يومَ العِتق، فإن كان قائماً يقوَّمُ للحال، وإن كان هالكاً فالقولُ للمعتِق أيضاً، وإن كان الإعتاقُ سابقاً على الاختلاف فالقولُ له أيضاً، لأنه منكِرٌ للزيادة. ولو اختلفا في القيمةِ ووقتِ الإعتاقِ يُحكَم بالعِتق للحال. وعلى هٰذا التفصيل لو اختلفَ العبدُ والساكتُ في القيمة.

ولو مات العبدُ قبل أن يختارَ الساكتُ شيئاً ليس له إلا التضمين، لأن العتقَ والسعايةَ فاتا بالموت، فإذا ضَمَّنَ رجع المعتِقُ على كسبِ العبد إن كان له كسب. ولو كان المعتِقُ معسِراً فللساكتِ أن يرجعَ في أكسابِه، لأن السعايةَ تجبُ بنفس العِتْق. ولو مات المعتِقُ يؤخَذُ الضمانُ من مالِه إن كان العتقُ في الصحَّة، وإن كان في المرضِ فلا شيءَ في تركتِه. وعند محمد: يؤخَذُ من تركتِه، وهو رواية عن أبي يوسف، لأن

= ضمن، وإن كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر». انتهى. وأنت إذا تأملت لفظي الحديثين في كتب الفقه وما قصد الأصحاب بهما لا سيما المصنف حيث ذكر الأول من حديث أبي هريرة وعطف هٰذا عليه علمت أنهما مختلفان، لا يَصِحُّ إقامةُ أحدهما مقامَ الآخر من كل وجه، والله أعلم.

وإذا اشتَرَيا ابنَ أحدِهما عَتَقَ نَصِيبُ الأبِ، وشَريكُه إن شاءَ أعْتَقَ (سم) وإن شاءَ استَسعَى عَلِمَ أو لم يَعلَمْ. ....

ضمانَ التمليك لا يختلفُ بالصحَّة والمرض. ولو مات الساكتُ فللورثةِ أخذُ[1] الخيارات، فإن اختار بعضُهم العِتقَ وبعضُهم الضمانَ فلهم ذٰلك. وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ: ليس لهم إلا الاجتماعُ على أحدِهما.

أعتَقَ نصيبَه وهو موسِرٌ، وشريكُه عبدٌ مأذونٌ، إن كان مديوناً فله خيارُ التضمين أو السعايةِ، وإن لم يكن مديوناً فالخيارُ للمولى. وإن كان شريكُه صبياً فإن كان له وليٌّ، أو وصيٌّ إن شاء ضمَّنَ وإن شاء استسعَى، وإن لم يكن له وليٌّ ينتظرُ بلوغَه أو ينصِّبُ له القاضي وليّاً. وهٰذا أصلٌ كبيرٌ يُبتنى عليه كثيرٌ من مسائل العِتق وغيرِه.

قال: (**وإذا اشتَرَيا ابنَ أحدِهما عَتَقَ نَصِيبُ الأبِ، وشَريكُه إن شاءَ أعْتَقَ وإن شاءَ استَسعَى عَلِمَ أو لم يَعلَمْ**) وكذا إذا مَلَكاه بهبةٍ أو صدقةٍ أو وصيَّةٍ، وقالا: يضمنُ الأبُ نصفَ قيمتِه إن كان موسِراً، وإن كان معسِراً يسعى الابنُ في نصفِ قيمتِه لشريكِ أبيه. وعلى هٰذا إذا اشترياه وقد حَلَفَ أحدُهما بعتقِه إن اشترى نصفَه. وإن ملَكاه بالإرث فكما قال أبو حنيفة بالإجماع. لهما: أن شراءَ القريب إعتاقٌ على أصلنا، فقد أفسدَ نصيبَ الشريك بالإعتاق، فصار كعبدٍ بين اثنين أعتَقَ أحدُهما نصيبَه. ولأبي حنيفة: أن شراءَ القريبِ إعتاقٌ كما قالا، وقد شاركه

---

(١) في (م): أحد، والمثبت من (س).

ولو قال: لعَبدَيهِ: أحدُكما حُرٌّ ثُمَّ باع أحدَهما أو عَرَضَه على البيع أو دبَّره أو مات عَتقَ الآخَرُ، وكذٰلك إذا استَولَدَ إحدَى الجارِيَتينِ. . . . .

فيه، فقد شاركه في علّة الإعتاق، فيكون راضياً بإفسادِ نصيبه، فلا يضمنُ، كما إذا أذِن له بالقول. ولا فرقَ بين العِلم وعدمِه، لأن الحُكم يُدار على السبب وهو الشراءُ، كما إذا أمرَ رجلاً بأكل طعامٍ مملوكٍ للآمرِ ولم يعلم به.

ولو اشترى الأجنبيُّ نصفَه أولاً ثم اشترى الأبُ النصفَ الآخرَ وهو موسرٌ، فالأجنبيُّ إن شاء ضمَّنه لأنه ما رضي بإفسادِ نصيبه، وإن شاء استسعى العبدَ في نصيبه لاحتباس ماليَّتِه عندَه، وقالا: يضمِّنُ الأبَ نصفَ قيمتِه لا غير لما عُرف. ولو اشترى نصفَ ابنِه وهو موسرٌ ممن يملِكُ جميعَه لم يضمن للبائع شيئاً، وقالا: يضمنُ، والأصل ما مرّ.

قال: (**ولو قال: لعَبدَيهِ: أحدُكما حُرٌّ ثُمَّ باع أحدَهما أو عَرَضَه على البيع أو دبَّره أو مات عَتقَ الآخَرُ**) لأنه خرَجَ بالموت عن محليَّةِ العِتق، وبالبيع عن محليَّةِ العِتقِ من جهتِه، وبالعَرْض قَصَدَ الوصولَ إلى الثمن، وأنه ينافي الحريةَ وكذٰلك بالبيع، وإذا خرج عن محليَّةِ العِتق تعيَّن الآخر، وبالتدبير قَصَدَ بقاءَ الانتفاع به إلى حين موتِه، وإنه يُنافي العتقَ المنجز، فتعيَّن الآخرُ.

قال: (**وكذٰلك إذا استَولَدَ إحدَى الجارِيَتينِ**) لأن الاستيلاد كالتدبير فيما ذكرنا وبل أقوى.

ولو قال لأمَتَيهِ: إحداكُما حُرَّةٌ، ثُمَّ وَطِئَ إحداهُما، لا تَعْتِقُ الأُخرى (سم).

ولو قال لعبدَيه: أحدُكما حرٌّ، ثم قال لواحدٍ بعينهِ: أنتَ حرٌّ، أو أعتقتُكَ، فإن نوى البيانَ صُدِّق ديانةً، والآخر عبدٌ، وإن لم يكن له نيةٌ عَتَقا. ولو قال لعبدَيه: أحدكُما حرٌّ، فقيل له: أيَّهما نويتَ؟ فقال: لم أعتِقْ هٰذا، عتَقَ الآخرُ، فإن قال بعد ذٰلك: لم أَعْنِ هٰذا عتَقَ الأوّلُ أيضاً. وكذٰلك طلاقُ إحدى المرأتين، بخلاف ما إذا قال: لأحدِ هٰذين عَليَّ ألفٌ، فقيل له: هو هٰذا؟ فقال: لا، لا يجبُ للآخرِ شيءٌ، والفرقُ أن التعيينَ واجبٌ عليه في الطلاق والعِتاق، فإذا نفاه عن أحدِهما تعيَّن الآخرُ إقامةً للواجب، أما الإقرارُ لا يجبُ عليه البيانُ فيه، لأن الإقرارَ للمجهول لا يلزمُ، حتى لا يُجبرُ عليه، فلم يكن نفيُ أحدِهما تعييناً للآخَر.

ولو أعتَقَ أحدَهما في الصحةِ ثم بيَّن في المرض، يعتِقُ من جميع المال لأنه أنشأ عِتقاً مستحقاً عليه، فيُعتَبر من جميع المال كالكفارة، ولو ماتَ قبل البيان عَتَقَ من كلٍّ واحدٍ نصفُه لعدم الأولوية، ولا يقومُ الوارثُ مقامَه في البيان.

(ولو قال لأمَتَيهِ: إحداكُما حُرَّةٌ، ثُمَّ وَطِئَ إحداهُما، لا تَعْتِقُ الأُخرى) وقالا: تعتِقُ لأن الوطءَ لا يَحِلُّ إلا في المِلْكِ، وإحداهما حرّةٌ فكان بالوطء مستبقياً للمِلْكِ في الموطوءةِ، فتتعينُ الأخرى كما في طلاق إحدى المرأتين. ولأبي حنيفة: أن الإيقاع في المنكَرَة، والوطءُ وَقَع في المعيَّنةِ، وهما متغايران، فلا يُجعَلُ بياناً، ثم قيل:

ولو شَهِدا أنَّه أعتَقَ أحدَ عَبدَيهِ أو إحدَى أَمَتَيهِ فهي باطِلَةٌ (سم). . . . .

العتقُ غيرُ نازلٍ قبل البيان لتعلُّقِه به، ولهٰذا يملِكُ المولى كَسْبَهما وعُقرَهما وأَرْشَهما[1]، ويحلُّ له وطؤُهما عنده[2] ولا يُفتِي به، وينزلُ العتقُ في إحداهما عند البيان، وما دام الخيارُ للمولى فيهما فهما كأَمَتين، وقيل: إنه نازل في المنكَرَة، وإنما يظهرُ في حقِّ حُكم يقبلُه، والوطء يقعُ في المعيَّنةِ، فلا تتعينُ الأخرى، بخلاف الطلاق، لأن المقصودَ الأصليَّ من النكاح الولدُ، فبالوطءِ قَصَدَ الولدَ، فدلَّ على استبقاء الملك في الموطوءةِ صيانةً للولد، والمقصودُ من الأَمَةِ قضاءُ الشهوةِ دون الولد، فلا يدلُّ على الاستبقاء، ولو وَطِئَ وطئاً مُعْلِقاً فهو بيانٌ، ولو استخدم طوعاً أو كُرهاً لا يكون بياناً بالإجماع.

(**ولو شَهِدا أنَّه أعتَقَ أحدَ عَبدَيهِ أو إحدَى أَمَتَيهِ فهي باطِلَةٌ**) وقالا: تُقَبل ويُجبَر على إيقاعِه على أحدِهما، وفي طلاق إحدى امرأتَيه تُقبل بالإجماع، ويُجبَر على أن يطلِّق إحداهما، وهٰذا بناء على أن دعوى العبد شرطٌ لقَبول الشهادة على عتقِه عنده، خلافاً لهما، ولا يشترط دعوى الأمةِ والمرأةِ لقَبول الشهادة على حرِّيَّتها وطلاقها بالإجماع.

لهما: أن هٰذه شهادةٌ تَعلَّقَ بها حقُّ الله تعالى، لأنَّ حقوق الله تعالى تتعلَّق بالحرية من أداءِ الجمعةِ والحَجِّ والزكاةِ وغيرِ ذٰلك، فلا يُشترط لها[3]

---

(١) في (م): وإرثهما، والمثبت من (س).

(٢) في (س): عندهما، وهو خطأ، وما أثبتناه من (م).

(٣) لفظة: «لها» أثبتناها من (م)، ولم ترد في (س).

. . . .

الدعوى، كالأمةِ والحرّةِ. وله: أنها شهادةٌ قامت على حقوق العباد، فيُشترط لها الدعوى كسائر حقوقهم، وهٰذا لأن معظمَ المقصود من العِتق ونفعِه يقعُ للعبد، لأنه يتأهلُ به للولاياتِ والقضاء والشهادات، ويرتفعُ عنه بذٰلك ذلُّ المَلَكةِ[1] ويصيرُ مالكاً إلى غير ذٰلك من المنافع، بخلاف الأمةِ والزوجةِ فإنه يتضمنُ تحريمَ الفَرْج وأنه حقٌّ الله تعالى، حتى لو لم يتضمن تحريمَ الفرج لا يُقبل، بأن كانت الشهادةُ على عتقِ إحدى الأمَتَين بغير عينِها فافترقا، فإذا كانت الدعوى شرطاً لقَبول الشهادة عندَه، وهٰذا الشرطُ لم يوجد هنا، لأن المشهود له مجهولٌ، والدعوى من المجهول لا تتحقَّقُ، ولما لم تكن شرطاً عندهما قُبلت الشهادةُ من غير دعوى، فيُجبرُه القاضي على التعيين.

وأما الشهادةُ على عِتْقِ إحدى الأمَتين فلأن الدَّعوى وإن لم تكن شرطاً في عِتقِ الأمةِ فإنما لم تُقبلْ لأنها لا تقتضي تحريمَ الفرج، فصارت كالشهادةِ على أحدِ العَبْدين، وهٰذا إذا شِهدا عليه في صحتِه، أما إذا شهدا أنه أعتَقَ أحدَ عبدَيه في مرضِ موتِه أو دبَّره وأدَّيا الشهادةَ في مرضِه أو بعدَ موتِه قُبلت استحساناً، لأن العتقَ في المرض وصيةٌ، وكذٰلك التدبيرُ وصيةٌ، والخصمُ معلوم، لأن العتقَ يَشيعُ بالموت فيهما، فصار كلٌّ واحد منهما متعيناً.

(١) في (م): الملكية، والمثبت من (س).

باب التدبير

وإذا قال لِعَبدِه: إذا مِتُّ فأنتَ حُرٌّ، أو أنتَ حُرٌّ عن دُبُرٍ مِنِّي، أو أنتَ مُدَبَّرٌ، أو قد دَبَّرتُكَ، أو أنت حُرٌّ مع مَوتِي، أو عندَ مَوتِي، أو في مَوتِي، أو أوصَيتُ لكَ بِنَفسِكَ أو بِرَقَبتِكَ، أو بِثُلُثِ مالي، فقدْ صارَ مُدَبَّراً، . . . . . .

باب التدبير

وهو العتقُ الواقعُ عن دُبُر الإنسان، أي: بعدَه، وهو مأخوذٌ منه.

وحقيقتُه: أن يعلِّق عتقَ مملوكِه بموتِه على الإطلاق.

والأصل في جوازِه: أنه عتقٌ معلَّقٌ بشرطٍ، فصار كالمعلَّق بدخول الدار، ولأنه وصيةٌ للعبد برقبتِه فصار كغيرِه من الوصايا، وهو إيجابُ العِتق للحال، وتأخيرُ ثبوتِه إلى ما بعد الموت، لأن ثبوتَه بعد الموت يستدعي إعتاقاً، والميتُ ليس أهلاً له، فلا بدَّ من أن ينعقد التدبيرُ للحريّةِ في الحال ليُستفاد منه الحريّةُ في المآل، بخلاف المدبَّر المقيَّد، لأنه لا ينعقدُ سبباً للحريّةِ في آخرِ جزء من أجزاء حياتِه، لأن عتقَه معلَّقٌ بموتٍ موصوفٍ بصفةٍ، وأنه مشكوكٌ فيه، فلا يُفضي إلى الموت قطعاً، فتعذَّر اعتبارُه سبباً. أما الموتُ المطلق كائنٌ لا محالةَ، فكان مفضياً إلى الموت، فأمكن اعتبارُه سبباً للحال.

قال: (**وإذا قال لِعَبدِه: إذا مِتُّ فأنتَ حُرٌّ، أو أنتَ حُرٌّ عن دُبُرٍ مِنِّي، أو أنتَ مُدَبَّرٌ، أو قد دَبَّرتُكَ، أو أنت حُرٌّ مع مَوتِي، أو عندَ مَوتِي، أو في مَوتِي، أو أوصَيتُ لكَ بِنَفسِكَ، أو بِرَقَبتِكَ، أو بِثُلُثِ مالي، فقدْ صارَ مُدَبَّراً**) أما لفظُ التدبير فهو صريحٌ فيه كلفظ العِتق في الإعتاق،

. . . .

وأما تعليقُ الحريّةِ بالموت فلأنه معنى التدبير، وأما مع موتي فلأنها للقِران، والشروطُ لا بدَّ من تقديمها، فكأنه قال: بعدَ موتي وأنه تدبير، وعند موتي تعليقُ العِتق بالموت، ولا بدَّ من وجودِه أوّلاً، وفي موتي لأن حرف الظرف إذا دخل على الفِعل جعلَه شرطاً، وكذٰلك إذا ذَكَر مكانَ الموت: الوفاةَ أو الهلاكَ لأن المعنى واحدٌ. وأما الوصيةُ بالرقبةِ ونحوِها فلأن العبدَ لا يملكُ رقبةَ نفسِه، والوصيةُ تقتضي زوالَ ملك الموصِي وانتقالَه إلى الموصَى له، وأنه في العبد حريّةٌ مثل قوله: بعتُ نفسَك منكَ، أو وهبتُها لك. وأما الوصيةُ بالثلث ونحوِه فلأنه يقتضي مُلْكَه ثلثَ جميعِ مالِه، ورقبتُه من مالِه، فيملكُها فيَعتِقُ، وكذٰلك بسهمٍ من مالِه، لأنه عبارة عن السُّدس. ولو قال: بجزءٍ من مالِه لا يكون تدبيراً، لأنه عبارة عن جزءٍ مبهَمٍ، والتعيينُ إلى الوَرَثة، فلا تكون رقبتُه داخلةً في الوصيةِ لا محالةَ. وروى الحسنُ عن أبي حنيفة: إذا قال: إذا مِتُّ ودُفِنتُ أو غُسِّلتُ أو كُفِّنتُ فأنتَ حرٌّ، ليس بتدبيرٍ، لأنه علَّق العِتقَ بالموت وبمعنىً آخر، والقياسُ أن لا يَعتِقَ بالموت، لأن التدبيرَ تعليقٌ بالموت على الإطلاق، وهٰذا تعليقٌ بالموت، ومعنىً آخرَ، فصار كما إذا قال: إذا مِتُّ ودخلتُ الدارَ، لٰكن استحسنَ أن يعتقَ من الثلثِ، لأنه علَّقَ العتقَ بالموت وبصفةٍ توجَدُ عند الموت قبل استقرارِ ملكِ الورثةِ، فصار كما إذا علَّق بالموت بصفةٍ، بخلاف دخولِ الدار، لأنه لا تعلُّقَ له بالموت، فصارت يميناً، فتبطُلُ بالموت كسائر الأيمان. وفي «اختلاف زفر ويعقوب»: إذا قال: أنتَ حرٌّ إن متُّ أو قتلتُ، قال

. . . .

أبو يوسف: ليس بمدبَّر. وقال زفر: هو مدبَّرٌ لأنه علَّقه بالموت لا محالةَ. ولأبي يوسف أنه علَّق العتقَ بأحدِ أمرين، فصار كقوله: إن متُّ أو مات زيدٌ، وإذا صحَّ التدبيرُ لا يجوز له إخراجهُ عن مِلكه إلا بالعتق، لقوله عليه السلام: «المدَّبُر لا يُباع ولا يُوهَبُ ولا يورثُ، وهو حرٌّ من الثلث»[1]، ولأنه سببٌ للحريّةِ في للحال على ما بينا،

(١) أخرجه الدارقطني (٤٢٦٤) من طريق عَبيدة بن حسان، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر: أن النبي ﷺ. فذكره. وقال الدارقطني: لم يسنده غير عَبيدة ابن حسان، وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله.

وأخرج الدارقطني (٤٢٦٥) من طريق حماد بن زيد، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر أنه كره بيع المدبر، هٰذا هو الصحيح، موقوف، وما قبله لا يثبت مرفوعاً، ورواته ضعفاء.

وأخرج الشافعي في «الأم» ٨/ ١٨، والعقيلي في «الضعفاء» ٣/ ٢٣٤، والدارقطني (٤٢٦٣) من طريق علي بن ظبيان، عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «المدبر من الثلث». وإسناده ضعيف لضعف علي ابن ظبيان. وقال الشافعي: قال علي بن ظبيان: كنت أخذته مرفوعاً فقال لي أصحابي: ليس بمرفوع، هو موقوف على ابن عمر فوقفته، وقال أيضاً: والحفاظ الذين يحدثون يقفونه على ابن عمر، ولا أعلم من أدركت من المفتين اختلفوا في أن المدبر وصية من الثلث.

قال الربيع: للشافعي في المدبر قولان:

أحدهما: أنه إذا دبره، ثم رجع فيه باللسان، لم يخرج من التدبير حتى يخرجه من ملكه ببيع أو هبة أو صدقة لأن النبي ﷺ أخرج المدبر من ملك صاحبه، ولا يخرجه من تدبيره حتى يخرجه كما أخرجه النبي ﷺ. =

ويَجُوزُ كِتابتُه. وإذا وَلدَتِ المُدَبَّرَةُ من مَولاها صارَتْ أُمَّ ولدٍ له وسَقَطَ عنها التَّدبيرُ ولا تَسعَى في شَيءٍ أصلاً، وله استِخدامُها وإجارَتُها ووَطْؤُها،

وأنه كائنٌ لا محالةَ، وفي الهبةِ والبيعِ إبطالُه فلا يجوز، ولأنه أوجبَ له حقاً في الحريّةِ، فيُمنع البيعُ كالكتابة والاستيلاد، وإذا ثبت هٰذا فنقول: كلُّ تصرُّفٍ يجوز أن يقع في الحرِّ يجوز في المدبَّر، كالاستخدام والإجارةِ والوطءِ، لأن حقَّ الحريّةِ لا يكونُ أكثرَ من الحريّةِ، وكل تصرُّفٍ لا يجوزُ في الحرّ لا يجوزُ في المدبَّر إلا الكتابةَ على ما نبينُه، كالبيعِ والهبةِ والرهنِ. أما البيعُ والهبةُ فلما بينا، وأما الرهنُ فلأن المقصودَ منه الاستيفاءُ، وما لا يجوزُ بيعُه لا يمكن الاستيفاءُ منه.

قال: (**ويَجُوزُ كِتابتُه**) لأنها تعجيلُ الحريّةِ المؤجّلةِ، وله ذٰلك كما لو تجزّأ[1] العتق.

(**وإذا وَلدَتِ المُدَبَّرَةُ من مَولاها صارَتْ أُمَّ ولدٍ له[2] وسَقَطَ عنها التَّدبيرُ**) لأنه خيرٌ لها، فإنه زيادةُ وصفٍ وتأكيدٍ، لأنه تثبتَ به الحريّةُ بعد الموت بالإجماع.

(**ولا تَسعَى في شَيءٍ أصلاً، وله استِخدامُها وإجارَتُها ووَطْؤُها**) لأن ملكَه ثابتٌ فيها، فتنفُذُ هٰذه التصرُّفاتُ، ولما بيناه آنفاً.

= والقول الثاني: أنه وصية من الوصايا يرجع فيه باللسان كما يرجع في الوصية، وهٰذا أصحُ القولين عندي.

(١) في (م): نجز، والمثبت من (س).

(٢) لفظة: «له» أثبتناها من (م)، ولم ترد في (س).

وكَسْبُها وأرْشُها لِلمَولى. وإذا ماتَ المَولى عَتَق من ثُلثِ ماله، فإن لم يَخْرُج فبِحسابه. وإن كانَ على المَولى دَينٌ سَعَى في كُلّ قِيمَتِه. ولو دَبَّرَ أحدُ الشَّرِيكَينِ وضَمِنَ نِصفَ شَرِيكِه ثُمَّ ماتَ عَتَقَ ....

(وكَسْبُها وأرْشُها لِلمَولى) لأنها باقيةٌ على ملكِه، وإنما تستحقُّ الحريّةَ عند وجود الشرط، وقبلَه هي كالأمة، وللمولى تزويجُها بغير رِضاها لأنه يملكُ منافعَ بُضْعِها، ويملكُ وطأَها، وذلك جائزٌ في الحرّةِ أيضاً.

وولدُ المدبَّرة مدبَّرٌ بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولأنه وصفٌ لازمٌ فيها، فيتبعُها فيه كالكتابة.

قال: (وإذا ماتَ المَولى عَتَق من ثُلثِ ماله) لما روينا من الحديث[1]، ولأنه علَّق عتقَه بالموت، فكان وصيةً، والوصيةُ تُعتبر من الثلث.

(فإن لم يَخْرُج) من الثلث (فبِحسابه) معناه: بحسبِ ثلثِ مالِه، فيعتِقُ منه بقدره، ويسعى في باقيه.

(وإن كانَ على المَولى دَينٌ سَعَى في كُلّ قِيمَتِه) لما بينا أنه وصيةٌ، والدَّين مقدَّم على الوصية، والمُراد دينٌ يُحيط بالتركةِ، والحريّةُ لا يمكنُ ردُّها، فوجب عليه السعايةُ رعايةً للجانبين.

قال: (ولو دَبَّرَ أحدُ الشَّرِيكَينِ وضَمِنَ نِصفَ شَرِيكِه ثُمَّ ماتَ عَتَقَ

---

(١) يعني حديث ابن عمر السالف تخريجه قريباً.

نِصْفُه (سم) بالتَّدبيرِ، وسَعىَ في نِصْفِه. وإن قال له: إن مِتُّ مِن مَرَضِي هٰذا أو في سَفَرِي هٰذا، أو إن مِتُّ إلى عِشرِينَ سَنَةً فهو تَعلِيقٌ يجُوزُ بَيْعُه، فإن ماتَ على تلكَ الصِّفَةِ عَتَقَ.

نِصْفُه بالتَّدبيرِ، وسَعىَ في نِصْفِه) لأن نصفَه على ملكِه عندَه من غير تدبيرٍ، وعندهما: يعتِقُ جميعُه بالتدبير، لأن تدبيرَ بعضِه تدبيرُ الجميع وهي فروعُ تَجَزِّي الإعتاق.

(**وإن قال له: إن مِتُّ مِن مَرَضِي هٰذا أو في سَفَرِي هٰذا، أو إن مِتُّ إلى عشرِينَ سَنَةً فهو تَعلِيقٌ**) وهو التدبير المقيَّدُ (**يجُوزُ بَيْعُه**) لما بينا أنه ليس بسببٍ للحال، فلا يكون البيعُ والتصرُّفاتُ إبطالاً للسبب، ولأنه لم يستحقَّ حقَّ الحريةِ لا محالةَ، فلا يكونُ البيعُ إبطالاً لحقِّ الحريّةِ، فيجوزُ بخلاف المدَّبر المُطْلَق.

(**فإن ماتَ على تلكَ الصِّفَةِ عَتَقَ**) لوجود الشرط من الثلثِ لما بينا. وذكر أبو الليث[1] في «النوازل»، والحاكمُ في «المنتقى»: لو قال لعبدِه: إن متُّ إلى مئتي سنةٍ فأنت حرٌّ، فهو مدبَّرٌ مقيَّد، وهو قولُ أبي يوسف، فيجوز بيعُه. وقال الحسن بن زياد: هو مدَّبرٌ مطلَقٌ لا يجوز

---

(١) أبو الليث صاحب «النوازل»: هو الإمام الفقيه نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي، توفي سنة ٣٧٥هـ. والحاكم صاحب «المنتقى» هو محمد ابن محمد بن أحمد الشهير بالحاكم المروزي البلخي الفقيه المحدث عالم مرو وإمام أصحاب أبي حنيفة في عصره قتل شهيداً في ربيع الآخر سنة أربع وأربعين وثلاث مئة، وتصانيفه تدل على كمال فضله كـ«الكافي» و«المنتقي»، وهما أصلان من أصول مذهب أبي حنيفة بعد كتب محمد بن الحسن.

لا يَثبُتُ نسَبُ ولدِ الأمةِ من موَلاها إلا بدِعواهُ، . . . .

بيعُه، والمختارُ أنه متى ذكر مدَّةً لا يعيشُ إليها غالباً فهو مدبرٌ مطلَقٌ، لأنه كالكائن لا محالةَ.

باب الاستيلاد

وهو في اللغة: طلبُ الولد مُطلقاً، فإن الاستفعالَ طلبُ الفعل.

وفي الشرع: طلبُ الولد من الأمةِ.

وكلُّ مملوكةٍ ثبَتَ نسبُ ولدِها من مالكٍ لها أو لبَعضِها فهي أمُّ ولدٍ له، لأن الاستيلادَ فرعٌ لثبوت الولد، فإذا ثبَتَ الأصلُ ثبت فرعُه.

قال: (**لا يَثبُتُ نسَبُ ولدِ الأمةِ من موَلاها إلا بدِعواه**) لأنه لا فِراشَ لها، فإن غالبَ المقصودِ من وطءِ الأمةِ قضاءُ الشهوةِ دون الولد، فإنَّ أشرافَ الناس يمتنعون من وطءِ الإماءِ تحرُّزاً عن الولد، لئلا يعيَّر ولدُه بكونِه ولدَ أمةٍ، فيُشترط لثبوتِه دعواه لهٰذا المعنى، ولهٰذا جازَ له العزلُ في الأمةِ دون الزوجة، لأن المرادَ من وطءِ الزوجةِ طلبُ الولد غالباً، قال عليه السلام: «تنَاكَحوا تكثُروا»[1] إشارةً إلى أن المرادَ من شرعية النكاح التوالدُ والتناسلُ، ثم إن كان يطؤُها ولا يعزِلُ عنها لا يحِلُّ له نفيُه فيما بينَه وبين الله تعالى، ويلزمُه أن يعترِفَ به، لأن الظاهرَ أنه منه، وإن كان يعزِلُ عنها ولم يحصِّنْها جازَ له النفيُ لتعارُضِ الظاهِرَين،

---

(١) صحيح، وقد سلف تخريجه ص٣٧.

فإذا اعترَفَ به صارَتْ أُمَّ ولَدِه، فإذا ولَدَتْ منه بعدَ ذٰلك ثَبَتَ بغَيرِ دَعوَةٍ.
ويَنتَفِي بِمُجَرَّدِ نفيه بِغيرِ لِعانٍ، . . . .

وقال أبو يوسف: إن كان يطؤُها ولم يحصِّنْها أحبُّ إليَّ أن يدَّعيَه. وقال محمد: أحبُّ إليَّ أن يُعتِقَ ولدَها ويستمتِعَ بها، فإذا مات أعتَقَها. لأبي يوسف: أنه يجوزُ أن يكون منه، فلا ينفيه بالشَّكِّ. ولمحمد: أنه يجوزُ أن يكون منه ويجوزُ أن لا يكون، فلا يجوزُ التزامُه بالشَّكِّ. أما العتقُ فيُحتمل أن يكون عبداً ويُحتمل أن يكون حُرّاً، فلا يسترقُّه بالشَّكِّ، ويَستمتعُ بالأمِّ لأنه مباحٌ له وإن ثَبَتَ نسبهُ، فإذا مات أعتَقَها حتى لا تُستَرَقَّ بالشَّكِّ.

(**فإذا اعترَفَ به صارَتْ أُمَّ ولَدِه، فإذا ولَدَتْ منه بعدَ ذٰلك ثَبَتَ بغَيرِ دَعوَةٍ**) لأنه لمّا ادّعى الأوّلَ وثبَتَ نسبُه تبيَّن أنه قَصَدَ الولد، فصارت فِراشاً، فيثبتُ بغير دعوةٍ كالمنكوحة.

(**ويَنتَفِي بِمُجَرَّدِ نفيه بِغيرِ لِعانٍ**) لأن فراشها ضعيفٌ، حتى يقدرُ على إبطالِه بالتزويج وبالعتقِ، فينفردُ بنفيه، بخلاف النكاح فإن فراشَه قويٌّ لا يملك إبطالَه، فلا ينتفي ولدُه إلا باللِّعان.

ولو أقرَّ أمتَه حُبلى منه ثم جاءت بولدٍ لستةِ أشهرٍ ثبتَ نسبُه منه وصارت أمَّ ولدٍ له، ولأكثرَ من ستةِ أشهرٍ لا، وسواءٌ كان الولدُ حيّاً أو ميتاً أو سِقْطاً قد استبان خَلْقُه أو بعضُ خلقِه إذا أقرَّ به وهو بمنزلة الكامل، لأن السِّقْطَ تتعلَّقُ به أحكامُ الولادةِ على ما مرّ، وإن لم يستبنْ شيءٌ من خَلْقِه وألقَتْه مضغةً أو عَلَقة فادَّعاه لم تصِرْ أمَّ ولدٍ له، رواه

الحسن عن أبي حنيفةَ، لأنه يحتملُ أن يكون دماً أو لحماً، فلا يثبتُ الاستيلاد بالشَّكِّ، ولو حَرُمَ وطؤُها عليه بعدَ ذلك بوطءِ أبيه أو ابنه، أو بوطئِه أمَّها أو بنتَها لم يثبت نسبُ ما تلدُه بعدَ ذلك إلا بالدعوة، لأن فِراشها انقَطَعَ.

وإذا ولدت الأمةُ من رجلٍ ولداً لم يثبت نسبُه منه، بأن زنَى بها ثم مَلَكها وولدَها عَتَقَ الولدُ وجازَ له بيع الأمّ. وقال زفر: لا يجوزُ لأن الحريّةَ تثبتُ للولد بالولادةِ، فيثبتُ لأمِّه الاستيلادُ كالثابت النسب. ولنا أن الاستيلاد يتبعُ النسبَ، ولهٰذا يُضاف إليه، فيقال: أمُّ ولدِه، وهو الذي يُثبتُ لها الحريَّة، قال عليه السلام: «أعتَقَها ولدُها»[1]، ولم يثبت النسبُ فلا يثبتُ التَّبَعُ. وأما حريةُ الولد فلأنها تثبتُ بحُكم الجزئيةِ، وصار كما لو أعتَقَه بالعتقِ.

قال: (**ولا يجُوزُ إخراجُها من مِلكهِ إلاَّ بالعِتْقِ**) فلا يجوزُ بيعُها ولا هبتُها ولا تمليكُها بوجهٍ ما. والأصلُ في ذلك ما روى محمد بنُ الحسن رحمه الله بإسناده: أن رسولَ الله ﷺ أعتَقَ أمهاتِ الأولادِ من جميع المال، وقال: لا يُعَرْنَ ولا يُبعْنَ»[2]. وعن عمرَ رضي الله عنه

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦)، والدارقطني (٤٢٣٤)، والبيهقي ٤/ ١٣١ من حديث ابن عباس، وفي إسناده حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس، وهو ضعيف.

(٢) ذكره ابن قطلوبغا ص٣٠٩ وقال: لم أره في باب أمهات الأولاد من أصل محمد بن الحسن إلا بلاغاً ولفظه: بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه أعتق أمهات=

=الأولاد من جميع المال وقال: «لا يُبعن في دين ولا يورثن». وبلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أيما رجل وطئ أمته، فولدت منه فهي له في حياته يستمتع بها، فإذا مات فهي حرة» انتهى. ولعله أسنده في موضع آخر، فإن هٰذا شأنه، والله أعلم. وسيأتي معناه مرسلاً من رواية محمد بن الحسن.

وأخرج الدارقطني (٤٢٤٧) عن يونس بن محمد المؤدب من أصل كتابه حدثنا عبد العزيز بن مسلم، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر: أن النبي ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد، وقال: «لا يبعن، ولا يوهبن، ولا يورثن، يستمتع بها سيدها ما دام حياً، فإذا مات فهي حرة». قال: وحدثنا يحيى بن إسحاق، حدثنا عبد العزيز ابن مسلم، عن عبد الله بن دينار، عن عبد الله بن عمر، عن عمر نحوه، غير مرفوع.

قال ابن القطان ٢/ ٨٨: هٰذا حديث يرويه عبد العزيز بن مسلم القسملي ـ وهو ثقة ـ، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، فاختلف عنه: فقال عنه يونس ابن محمد ـ وهو ثقة، وحدث به من كتابه ـ: عن النبي ﷺ. وقال عنه يحيى بن إسحاق، وفليح بن سليمان: عن عمر، لم يتجاوزه وكلهم ثقات، وهٰذا كله ذكره الدارقطني، فاعلمه. ورواية فليح عند الدارقطني (٤٢٤٩).

وأخرج الدارقطني (٤٢٥٠) من طريق عبد الله بن جعفر، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، فذكره، وأعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيح فإنه ضعيف، وأسند تضعيفه عن النسائي، والسعدي، والفلاس، وابن معين، ولينه هو، وقال: عامة ما يرويه لا يتابع عليه، ومع ضعفه يكتب حديثه.

وانظر حديث جابر في «المسند» (١٤٤٤٦) بلفظ: كنا نبيع سرارينا أمهات أولادنا، والنبي ﷺ فينا حي، لا نرى بذٰلك بأساً. وإسناده صحيح.

وقد بسطنا الكلام على حديث ابن عمر وحديث جابر في «المسند» (١٤٤٤٦) فانظر تمام التعليق عليهما وتخريجهما فيه.

. . . .

أنه كان ينادي على منبرِ رسول الله عليه السلام: ألا إن بيعَ أمهاتِ الأولادِ حرامٌ، ولا رِقَّ عليها بعدَ موت مولاها[1]. ولم يُنكِر عليه أحدٌ من الصحابة، فحَلَّ محلَّ الإجماع. وعن ابن عباس: أن النبيَّ ﷺ قال حين وَلَدَتْ أمُّ إبراهيم: «أعتقَها ولدُها»[2]. وعن سعيد بن المسيب: أن رسول الله ﷺ أمرَ بعتِق أمهاتِ الأولاد، ولا يَسعَين في الدَّين، ولا يُجْعَلْنَ من الثلث[3]. وروى عَبيدةُ السَّلْماني قال: قال عليُّ بن أبي طالب: اجتمع رأيي ورأيُ عُمرَ في نَفَرٍ من أصحابِ رسول الله على عِتقِ أمهاتِ الأولاد، ثم رأيتُ بعدُ أن يُبَعْنَ في الدَّين، فقال عَبيدةُ السلمانيُّ: رأيكَ ورأيُ عمر في جماعةٍ أحبُّ إلينا من رأيكَ في الفُرقة، قال عليٌّ: إن السَّلمانيَّ لفقيهٌ. ورَجَعَ عن ذٰلك[4].

---

(١) أخرج الدارقطني (٤٢٤٩) حدثنا عبد الله بن محمد بن عبد العزيز، حدثنا محمد بن بكار، حدثنا فليح بن سليمان، عن عبد الله بن دينار، عن عبد الله ابن عمر، عن عمر: أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد لا يوهبن ولا يورثن، يستمتع بها سيدها حياته، فإذا مات فهي حرة. وانظر عنده (٤٢٤٦) و(٤٢٤٨).

(٢) سلف ص٣٣٨.

(٣) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢٨٨ وقال: غريب، وقال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ٨٧ وقال: لم أجده. وروى الدارقطني (٤٢٥٤) من طريق مسلم بن يسار، عن سعيد بن المسيب: أن عمر رضي الله عنه أعتق أمهات الأولاد، وقال عمر: أعتقهن رسول الله ﷺ.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٢٢٤)، والبيهقي ١٠/ ٣٤٨ من طريقين عن ابن سيرين، عن عَبيدة السلماني قال: سمعت عليا يقول: اجتمع =

وله وَطْؤُها واستخدامُها وإجارتُها وكتابَتُها. وتَعتِقُ بعدَ موتِه من جَمِيعِ المالِ، ولا تَسعَى في دُيُونِه. وحُكْمُ ولدِها من غَيرِه بعدَ الاستِيلادِ حُكْمُها.

قال: (وله وَطْؤُها واستخدامُها وإجارتُها وكتابَتُها) لأن الملكَ قائمٌ فيها كالمدبَّرةِ، فإن كلَّ واحد منهما عتقٌ معلَّقٌ بالموت، والكتابةُ تعجيلُ العتقِ على ما بيناه في المدبَّر، ولأن النبيَّ ﷺ لم يفارِقْ ماريةَ بعدَ ما وَلَدَتْ[1].

قال: (وتَعتِقُ بعدَ موتِه من جَمِيعِ المالِ، ولا تَسعَى في دُيُونِه) لما تقدَّم من الأحاديث.

(وحُكْمُ ولدِها من غَيرِه بعدَ الاستِيلادِ حُكْمُها) لما تقدَّم أن الحُكم المستقرَّ في الأمِّ يسري إلى الولد.

= رأيي ورأي عمر في أمهات الأولاد أن لا يُبعن، قال: ثم رأيت بعد أن يُبعن، قال عَبيدة: فقلت له: فرأيك ورأي عمر في الجماعة أحبّ إلي من رأيك وحدك في الفرقة ـ أو قال: في الفتنة ـ قال: فضحك علي. وليس فيه: ورجع عن ذلك.
وقال الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٤/ ٢١٩: وهٰذا الإسناد معدود في أصح الأسانيد.

وأخرج ابن أبي شيبة ٦/ ٤٣٦-٤٣٧ عن أبي خالد الأحمر، عن إسماعيل ابن أبي خالد، عن الشعبي، عن عَبيدة، عن علي قال: استشارني عمر في بيع أمهات الأولاد، فرأيت أنا وهو إذا ولدت أعتقت، فقضى به عمر حياته وعثمان من بعده، فلما وليت الأمر من بعدهما رأيت أن أرقها، قال الشعبي: فحدثني ابن سيرين قال: قلت لعبيدة: ما ترى؟ قال: رأي عمر وعلي في الجماعة أحب إلي من قول علي حين أدرك الخلاف.

(١) قال ابن قطلوبغا ص٣١٠: هٰذا مأخوذ من استقراء السنة.

وإذا أسلَمَتْ أُمُّ ولدِ النَّصرانِيّ سَعَتْ في قِيمتِها، وهي كالمُكاتَبَةِ (ز)، ولو ماتَ سَيِّدُها عَتَقَتْ بلا سِعايةٍ. ولو تَزوَّجَ أمَةَ غيرِه فجاءَتْ بِولَدٍ ثُمَّ مَلَكَها صارَتْ أُمَّ ولدٍ له. . . . .

قال: (وإذا أسلَمَتْ أُمُّ ولدِ النَّصرانِيّ سَعَتْ في قِيمتِها، وهي كالمُكاتَبَةِ) لا تَعتِقُ حتى تؤدِّي. وقال زفر: تَعتِقُ للحال، والسعايةُ دَينٌ عليها، لأن زوال رقِّهِ عنها واجبٌ بالإسلام إما بالبيعِ أو بالإعتاقِ، وقد تعذَّر البيعُ بالاستيلاد فتعيَّنَ العتقُ. ولنا: أن ما قلناه نظرٌ لهما، لأن ذُلَّ الرِّقِّ يندفعُ عنها بجعلها مكاتَبَةً، لأنها تصيرُ حرّةً يداً، ويندفعُ الضررُ عن الذِّمِّي فتسعَى في الأداء لتنالَ الحريةَ، ولو قلنا بعتقِها في الحال وهي معسرةٌ تتوانى عن الاكتسابِ والأداءِ إلى الذِّمِّي فيتضرَّرُ، وهي وإن لم تكن متقوّمةً فهي محترمةٌ، وهو يكفي للضمان، كما إذا عفا أحدُ الشُّركاء عن القِصاص يجبُ المالُ للباقين، وهٰذا إنما يجبُ عليها إذا عُرِض عليه الإسلامُ فأبى، حتى يجبُ زوالُ مِلكِه عنها، أما إذا أسلَمَ فهي أمُّ ولدِه على حالِها كما قلنا في النكاح.

(ولو ماتَ سَيِّدُها عَتَقَتْ بلا سِعايةٍ) لأنها أمُّ ولد.

قال: (ولو تَزوَّجَ أمَةَ غيرِه فجاءَتْ بِولَدٍ ثُمَّ مَلَكَها صارَتْ أُمَّ ولدٍ له) وكذا لو استولَدَها بمِلْكِ يمينٍ ثم استحقَّت ثم عادت إلى مِلْكِه فهي أمُّ ولدٍ له، لأن نسبَ الولد ثابتٌ منه، فتثبتُ أُمِّيةُ الولدِ لأنها تتبعُه على ما مرّ، ولأن الاستيلادَ حريّةٌ تتعلقُ بثبوت النسب، فإذا جاز أن يثبتَ النسبُ في مِلْكِ الغير جاز أن يثبتَ ما يتعلَّقُ به أيضاً تبعاً له، بخلافِ ما إذا وَلَدَتْ منه مِن زِنًى على ما بينا.

ولو وَطِئَ جاريةَ ابنِه فوَلَدَتْ وادّعاهُ ثَبَتَ نَسَبُه وصارَتْ أُمَّ ولدٍ له، وعليه قيمتُها دُونَ عُقْرِها وقيمةُ وَلَدِها . . . .

قال: (**ولو وَطِئَ جاريةَ ابنِه فوَلَدَتْ وادّعاهُ، ثَبَتَ نَسَبُه وصارَتْ أُمَّ ولدٍ له، وعليه قيمتُها دُونَ عُقْرِها**[1]**، وقيمةُ وَلَدِها**) لأن للأبِ أن يتملكَ مالَ ابنِهِ للحاجةِ إلى البقاء للمأكَلِ والمشرب. فله أن يتملَّكَ جاريَته للحاجةِ إلى صيانةِ مائِه وبقاءِ نَسْلِه، لأن كفايةَ الأب على ابنِه لما مرّ في النفقات، إلا أن حاجتَه إلى صيانةِ مائِه وبقاءِ نسلِه دون حاجتِه إلى بقاء نفسِه، فلهٰذا قلنا: يتملَّكُ الجاريةَ بقيمتِها، والطعامَ بغير قيمةٍ، ويثبتُ له هٰذا الملكُ قُبَيل الاستيلادِ ليثبتَ الاستيلادُ، لأن المصحِّح للاستيلاد إما حقيقةُ المِلْكِ أو حقُّه، ولا بدَّ من ثبوتِه قبل العُلوق ليلاقي ملكَه، فيصحُّ الاستيلادُ، وإذا صحَّ في ملكِه لا عُقرَ عليه ولا قيمةَ الولد لما أنَّ العُلوق حَدَث على ملكِه. ولو أن الابن زوَّجها من الأبِ فوَلَدَتْ منه لم تصِرْ أمَّ ولد، لأن ماءَه صارَ مصوناً بالنكاح، فلا حاجةَ إلى المِلْكِ ولا قيمةَ عليه، لانه لم يملِكْها، وعليه المهرُ لأنه التزَمَه[2] بالنكاح، وولدُها حرٌّ، لأنه ملَكَه أخوه، فيَعتِقُ عليه لما بيناه. وأصلُه أن هٰذا النكاح صحيحٌ، لأنه لا ملكَ للأبِ فيها، لأن الابنَ

---

(١) العُقْر: ما تُعطاهُ المرأةُ على وِطءِ الشُّبهَةِ، وأصلُه أن واطِئَ البكر يَعْقِرُها إذا افْتَضَّها، فَسُمِّيَ ما تُعطاه للعَقْر عُقراً، ثم صار عاماً لها وللثيِّبِ. «النهاية» (عقر).

(٢) في (س): التزامه، والمثبت من (م).

والجَدُّ كالأبِ عِندَ انقِطاعِ وِلايَتِه.

جاريةٌ بَين اثنَينِ وَلَدَتْ فادَّعاهُ أحدُهُما ثَبَتَ نَسَبُه، وعليه نِصْفُ قيمتِها ونِصفُ عُقْرِها، ولا شيءَ عليه من قيمةِ وَلَدِها، . . . .

يملكُ فيها جميعَ التصرُّفات، وطئاً وبيعاً وإجارةً وعِتقاً وكتابةً وغيرَ ذلك، والأبُ لا يملكُ شيئاً من ذٰلك. وأنه دليلُ انتفاء ملكِ الأبِ وعدمِ وجوب الحدِّ على الأبِ لوطئِها للشُّبهة. وإذا انتفى ملكُ الأبِ جازَ نكاحُه، كما إذا تزوَّجَ الابنُ جاريةَ الأب.

قال: (**والجَدُّ كالأبِ عِندَ انقِطاعِ وِلايَتِه**) لأنه يقومُ مقامَه، ومع ولايتِه لا ولايةَ للجَدِّ. والولايةُ تنقطعُ بالكُفر والرِّقِّ والرِّدَّة واللّحاقِ والموتِ.

قال: (**جاريةٌ بَين اثنَينِ وَلَدَتْ فادَّعاهُ أحدُهُما ثَبَتَ نَسَبُه**) لأنه لما ثَبَتَ النسبُ في نصفِه لمصادفتِه مِلْكَه ثبتَ في الباقي، لأنه لا يتجزأ. لأن سببَه وهو العُلوقُ لا يتجزأ، فإن الولدَ الفردَ لا ينعلِقُ من ماءِ رجلين، وصارت أمَّ ولدٍ له، وهٰذا عندهما ظاهرٌ، لأن الاستيلادَ لا يتجزأ، وأما عنده فنصيبُه يصيرُ أمَّ ولدٍ ويتملكُ نصيبَ صاحبِه لأنه قابلٌ للمِلْكِ، فيكمُلُ له، فيصير الكلُّ أمَّ ولد له.

(**وعليه نِصْفُ قيمتِها**) لأنه تملَّكَه. (و) عليه (**نِصفُ عُقْرِها**) لِوَطئِه جاريةً مشتركةً، لأن الملكَ يتعقَّبُ الاستيلادَ حُكماً له. (**ولا شيءَ عليه من قيمةِ وَلَدِها**) لأن النسبَ يثبتُ مستنداً إلى وقتِ العُلوق، ولم ينعلِقْ شيءٌ منه على ملكِ شريكِه.

قال: (وإنِ ادَّعَياهُ معاً صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لهما) لصحةِ دعوى كلٍّ واحدٍ منهما في نصيبِه في الولد، والاستيلادُ يتبعُ الوَلَدَ.

(ويَثبُتُ نَسَبُه منهما) لما روي أن عمرَ بنَ الخطاب رضي الله عنه كتَبَ إلى شُريحٍ في هٰذه الحادثة: لَبَّسا فلُبِّسَ عليهما، ولو بَيَّنا لبُيِّنَ لهما: هو ابنُهما يرثُهما ويَرثانِه، وهو للباقي منهما. وذٰلك بمحضرٍ من الصحابة من غيرِ نكيرٍ، فكان إجماعاً[(١)]، ومثلُه عن عليٍّ رضي الله عنه أيضاً[(٢)]، ولأنهما مستويان في سبب الاستحقاق وهو المِلْكُ، فيستويان

(١) قال ابن قطلوبغا ص٣١٠: أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» في آخر كتاب الدعوى بهٰذا اللفظ، وهو متصل.

وأخرج البيهقي في «سننه» ١٠/ ٢٦٤ وفي «المعرفة» (٢٠٣٣٠) أخرجه من طريق مبارك بن فضالة، عن الحسن، عن عمر رضي الله عنه في رجلين وطئا جارية في طهر واحد، فجاءت بغلام، فارتفعا إلى عمر رضي الله عنه فدعا له ثلاثة من القافة، فاجتمعوا على أنه قد أخذ الشبه منهما جميعاً، وكان عمر رضي الله عنه قائفاً يقوف، فقال: قد كانت الكلبة ينزو عليها الكلب الأسود والأصفر والأغر (وفي نسخة فيه: والأحمر ـ بدل الأغر) فتؤدي إلى كل كلب شبهه ولم أكن أرى هٰذا في الناس حتى رأيت هٰذا، فجعله عمر رضي الله عنه لهما يرثانه ويرثهما وهو للباقي منهما. ثم قال البيهقي: هاتان الروايتان (روايتنا والتي قبلها) رواية البصريين عن سعيد بن المسيب عن عمر وروايتهم عن الحسن عن عمر كلتاهما منقطعة.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٤٧٣)، والبيهقي في «سننه» ١٠/ ٢٦٨ من طريق سفيان الثوري، عن قابوس بن أبي ظبيان، عن أبيه، عن علي قال: أتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر، فقال: الولد لكما، وهو للباقي منكما. =

. . . .

في الاستحقاق. وما روي من حديث المُدْلِجي وأسامةَ بن زيدٍ وفَرَحِ النبيِّ عليه السلام[1]. قلنا: لم يثبت ذٰلك عندَه ﷺ بقول القائفِ، فإنه

= وقال البيهقي: وروي من وجه آخر عن علي رضي الله عنه مرسلاً، وفي ثبوته عن علي نظر.

وأخرج الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٤/ ١٦٤ من طريق أبي الأحوص، عن سماك، عن مولى لبني مخزوم قال: وقع رجلان على جارية في طهر واحد، فعلقت الجارية، فلم يدر من أيهما هو، فأتيا عمر يختصمان في الولد، فقال عمر: ما أدري كيف أقضي في هٰذا؟ فأتيا علياً، فقال: هو بينكما، يرثكما وترثانه، وهو للباقي منكما.

وقال البيهقي في «المعرفة» (٢٠٣٤٤): وأما الذي روي فيه عن علي: أنه جعل الولد بينهما وهو للباقي منهما، فإنما رواه سماك عن مجهول لم يسمه عن علي، وقابوس وهو غير محتج به، عن أبي ظبيان، عن علي.

وقد روي عن علي مرفوعاً خلاف هٰذا، فقد أخرج أحمد في «مسنده» (١٩٣٢٩) وهو في «السنن» وغيرهم من طريق أجلح، عن الشعبي، عن عبد خير الحضرمي عن زيد بن أرقم قال: كان علي رضي الله عنه باليمن، فأتي بامرأة وطئها ثلاثة نفر في طهر واحد، فسأل اثنين: أتقران لهٰذا بالولد؟ فلم يُقرّا، ثم سأل اثنين: أتقران لهٰذا بالولد؟ فلم يقرّا. ثم سأل اثنين حتى فرغ يسأل اثنين اثنين عن واحد، فلم يقروا، ثم أقرع بينهم، فألزم الولد الذي خرجت عليه القرعة، وجعل عليه ثلثي الدية، فرفع ذٰلك إلى النبي ﷺ فضحك حتى بدت نواجذه. وإسناده ضعيف لاضطرابه. وقد بسطنا تخريجه والكلام عليه في «المسند» فانظره هناك.

(١) أخرجه من حديث عائشة البخاري (٣٥٥٥)، ومسلم (١٤٥٩)، وهو في «المسند» (٢٤٥٢٦)، و«صحيح ابن حبان» (٤١٠٢).

وعلى كُلِّ واحدٍ منهما نِصفُ عُقْرِها، ويَرِثُ من كُلِّ واحدٍ منهما كابْنٍ، ويَرِثانِ منه كأبٍ واحدٍ.

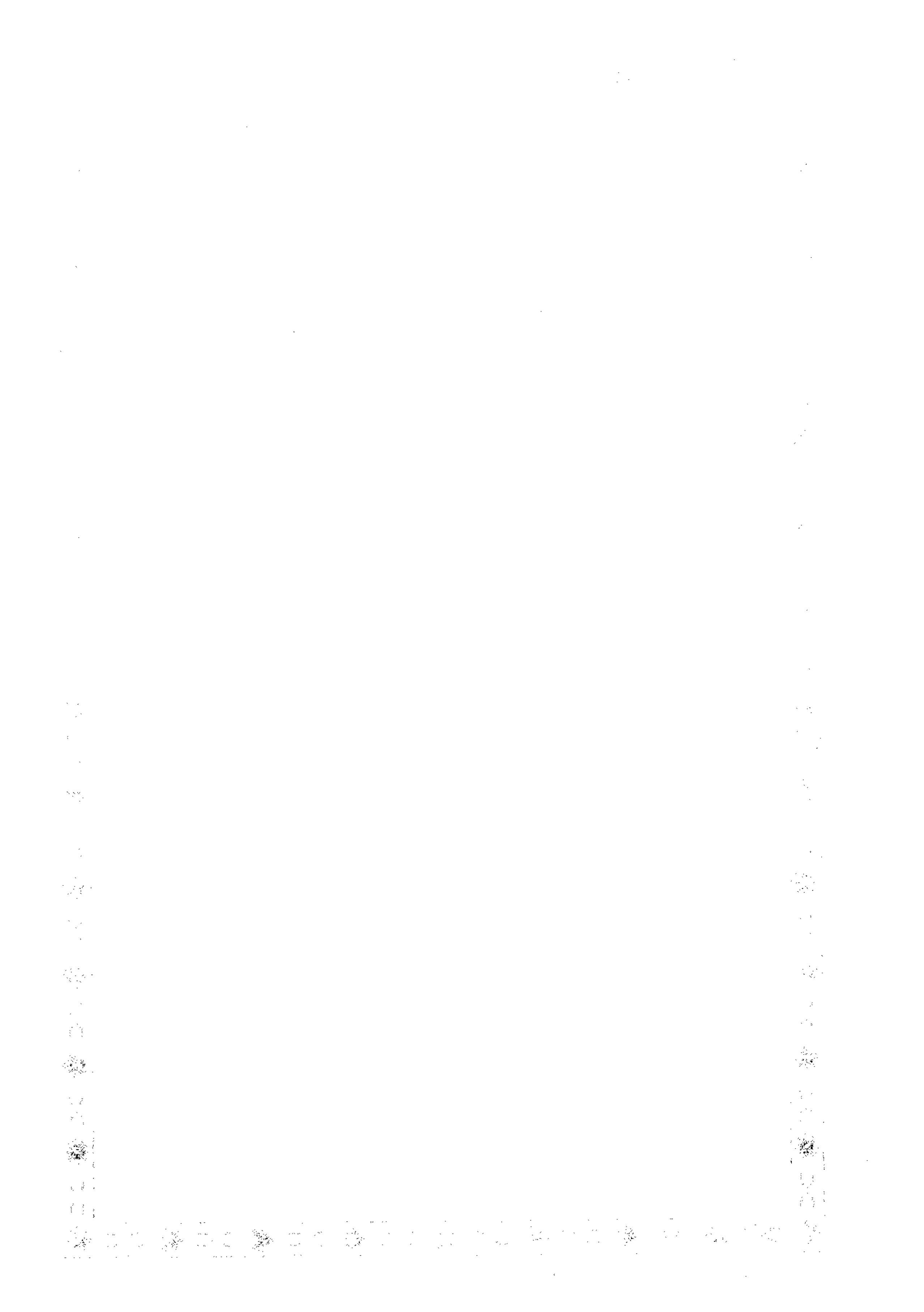
عليه السلام كان يعلمُ ذٰلك ولٰكنِ المشركون كانوا يَطعُنون في نسبِ أسامةَ، فكان قولُ القائفِ قاطعاً لطَعنِهم، لأنهم كانوا يعتقدونَه في الجاهليةِ لا أنه حُكمٌ شرعيٌّ، فلذٰلك فرِحَ ﷺ، وأما كونُ النسب لا يتجزأ فتتعلقُ به أحكامٌ متجزِّئة، فما لا يقبلُ التجزؤ يثبتُ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهما كَمَلاً، وما يقبلُه يثبتُ في حقِّهما متجزّئاً عملاً بالدلائل بقَدْر الإمكان.

(**وعلى كُلِّ واحدٍ منهما نِصفُ عُقْرِها**) ويسقطُ قِصاصاً بمالِه على الآخر، إذ لا فائدةَ في قبضِه وإعطائِه.

(**ويَرِثُ من كُلِّ واحدٍ منهما كابْنٍ**) لأنه لما أقرَّ أنه ابنُه فقد أقرَّ له بميراث ابنٍ.

(**ويَرِثانِ منه كأبٍ واحدٍ**) لاستوائهما في الاستحقاق، كما إذا أقاما البينةَ.

فإن كانت الجاريةُ بين أبٍ وابنٍ فهو للأبِ ترجيحاً لجانبه لما له من الحقِّ في نصيب الابنِ كما تقدّم، وإن كانت بين مسلمٍ وذميٍّ فهو للمسلم ترجيحاً للإسلام. وقال زفر: هما سواءٌ في المسألتين لاستوائهما في المِلْكِ الموجِبِ. قلنا: دعوةُ الأب راجحةٌ بدليل أنه لو ادَّعى نسبَ ولدِ جاريةِ الابنِ يصحُّ، وبالعكس لا، والمسلمُ راجحٌ بالإسلام ولأنه أنفعُ للصغير.



كتاب المكاتب

. . . .

كتاب المكاتب

الكتابةُ مستحبّةٌ مندوبةٌ، قال تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]. والمرادُ النَّدْبُ، لأن الإيجابَ غيرُ مرادٍ بإجماع الفقهاء ولو حملناه على الجواز يلزم ترك العلم بالشرط، لأنها جائزةٌ بدونه بالإجماع. وقوله: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ خَرَجَ مخرجَ العادة، أو نقول: إن لم يَعلم فيه خيراً فالأفضل أن لا يُكاتبه، ولما فيها من السَّعي في حُصول الحريّةِ ومصالِحِها، وهي مشروعةٌ بما تلونا من الكتاب، وبالسنةِ وهو قوله عليه السلام: «من كاتَبَ عبداً على مئةِ أوقيةٍ فأدَّاها كلَّها إلا عشرةَ أواقٍ فهو عبدٌ»[1]، وقال عليه السلام: «المكاتَبُ عبدٌ ما بقي عليه درهمٌ»[2]. وعلى جوازها الإجماعُ.

---

(١) أخرجه من حديث عبد الله بن عمرو أبو داود (٣٩٢٧)، وابن ماجه (٢٥١٩)، والترمذي (١٢٦٠)، والنسائي في «الكبرى» (٥٠٠٧-٥٠٠٩)، وهو في «المسند» (٦٦٦٦). وهو حديث حسن. وانظر ما بعده.

(٢) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣٩٢٦) من حديث عبد الله بن عمرو، وهو حديث حسن. وانظر ما قبله.

ومَنْ كاتَبَ عبدَه على مالٍ فقَبِلَ صارَ مُكاتَباً، والصَّغِيرُ الذي يَعْقِلُ كالكبيرِ، وسواءٌ شَرَطَه حالاً أو مُؤَجَّلاً أو مُنَجَّماً، وإذا صَحَّتِ الكتابةُ يَخرُجُ عن يَدِ المولى دُونَ مِلْكِه . . . .

قال: (**ومَنْ كاتَبَ عبدَه على مالٍ فقَبِلَ صارَ مُكاتَباً**) أما الجوازُ فلما بينا. وأما شرطُ القَبول فلأنه مالٌ يلزمُه، فلا بدَّ من التزامِه وذلك بالقَبول، ولا يَعتِقُ إلا بأداء جميع البدلِ لما روينا من الحديث، فإذا أدّاه عَتَقَ وإن لم يقل له المولى: إن أدَّيتَه فأنت حرٌّ، لأنه موجَبُ العقد، فيثبتُ من غير شرطٍ كما في البيع.

(**والصَّغِيرُ الذي يَعْقِلُ كالكبيرِ**) وهي فريعةُ الإذنِ للصبيِّ العاقلِ.

قال: (**وسواءٌ شَرَطَه حالاً أو مُؤَجَّلاً أو مُنَجَّماً**) لإطلاق النصوص، وقيدُ التأجيلِ زيادةٌ على النصِّ، فيُرَدُّ كما في سائر المعاوَضات، بخلاف السَّلَم لأن المسلم فيه معقودٌ عليه، وهو بيعُ المفاليس على ما بيناه في السَّلَم، فلا بدَّ من زمانٍ يقدِرُ على تحصيلِه، أما هنا البدلُ معقودٌ به، فلا يُشترط قدرتُه عليه، كالثمن في البيعِ إذا كان المشتري مفلِساً أو أفلَسَ بعد الشراء، ويجوزُ أن يقترضَ البَدَلَ ويوفِّيَه في الحال، أما المسلَمُ فيه لو قَدَرَ عليه بأن كان له، أو اقترَضَه لَمَا باعَه بأوكسِ الثمنين ولَبَاعَه فيمن يزيدُ بقيمةِ الوقت، وإذا كاتَبَه حالاً فكما امتَنَعَ من الأداء يُرَدُّ في الرِّقِّ لأنه عَجزَ، وعجزُ المكاتَب يوجِبُ ردَّه إلى الرِّقِّ.

قال: (**وإذا صَحَّتِ الكتابةُ يَخرُجُ عن يَدِ المولى دُونَ مِلْكِه**) حتى يصيرُ أحقَّ بمنافعِه وأكسابِه، لأن المطلوب من الكتابة وصولُ المولى

وإذا أتلفَ المولى مالَه غرِمَه. وإن وَطِئَ المُكاتَبة فعليه عُقْرُها، ولو جَنَى عليها أو على ولدِها لَزِمَه الأرْشُ. وإن أعتَقَ المَولى المُكاتَبَ نَفَذَ عِتْقُه وسَقَطَ عنه مالُ الكِتابةِ، . . . .

إلى البدلِ ووصولُ العبدِ إلى الحريةِ بأداء بدلِها، ولا يتحقَّقُ ذٰلك إلا بفَكِّ الحَجْر عنه وثبوتِ حريّةِ اليد، حتى يتَّجرَ ويكتسبَ ويؤدّيَ البدَلَ، فإذا أدّى عَتَقَ هو وأولادُه بعتقِه، وخرج عن مِلْكِ المولى أيضاً عملاً بمُقتضى العقدِ كما مرّ.

قال: (وإذا أتلَفَ المولى مالَه غرِمَه) لما بينا أن أكسابَه له، فيكون المولى فيها كالأجنبيِّ، ولأنه لو لم يَضْمَنْه لتسلَّط على إتلافِه، فلا يقدِرُ على أداءِ الكتابة، فلا يحصُلُ المقصودُ بالعقد.

(وإن وَطِئَ المُكاتَبة فعليه عُقْرُها) لأنه من أجزائِها، وهي أخصُّ بها، تحقيقاً للمقصود وهو وصولها إلى الأداء، ولهٰذا لو وُطِئت بشُبهةٍ أو جُنِي عليها كان عُقْرُها وأرْشُ الجِناية لها.

قال: (ولو جَنَى عليها أو على ولدِها لَزِمَه الأرْشُ) لما بينا.

قال: (وإن أعتَقَ المَولى المُكاتَبَ نَفَذَ عِتْقُه) لبقائِه على ملكِه رقبةً (وسَقَطَ عنه مالُ الكِتابةِ) لحُصول المقصود بدونِه وهو العتق، وكذٰلك لو أبرأه عن البَدَل أو وَهَبَه منه، فإنه يَعتِقُ قَبلَ أو لم يَقْبَل، لأنه أتى بمعنى العِتق وهو إبراؤُه من البَدَل وإسقاطُه عنه، إلا أنه إذا قال: لا أقبلُ عَتَقَ وبقي البدلُ ديناً عليه، لأن هبةَ الدَّين ترتدُّ بالرَّدِّ، والعِتقُ لا.

وهو كالمأذُونِ في جَمِيعِ التَّصرُّفاتِ، إلاَّ أنَّه لا يَمتَنعُ بمَنْعِ المَولى، وله أن يُسافرَ ويُزَوِّجَ الأمَةَ ويُكاتِبَ عبدَه، . . . .

قال: (وهو كالمأذُونِ في جَمِيعِ التَّصرُّفاتِ) ويُمنَع من التبرُّعات إلا ما جَرَتْ به العادةُ كما عُرف ثَمَّ، لأن مقتضاها إطلاقُ تصرُّفِه في التجارات للاكتساب كالمأذون.

(إلاَّ أنَّه لا يَمتَنعُ بمَنْعِ المَولى) لأن ذٰلك يؤدِّي إلى فَسْخِ الكتابة، والمَولى لا يملكُ فَسْخَ الكتابةِ لأنه من جانبه تعليقُ العِتْقِ، فلا يملكُ فسْخَه والرجوعَ عنه.

قال: (وله أن يُسافرَ) لأنه من باب التجارةِ والاكتساب، وإن شَرَطَ المولى أن لا يخرجَ من بلدِه فله السفرُ استحساناً، لأنه شَرْطٌ يخالفُ موجَبَ العقدِ، وهو حريّةُ اليدِ والتفرُّدُ بالتصرُّف، فيبطُلُ، إلا أنه لا يُفسِدُ العقدَ لأنه لم يتمكن في صُلْبه، ومثلُه لا يُفسد الكتابةَ.

(ويُزَوِّجَ الأمَةَ) لأنه من الاكتساب، فإنه يوجبُ لها النفقةَ والمهرَ، بخلاف العبدِ فإنَّه يوجبهما في رقبتِه.

قال: (ويُكاتِبَ عبدَه) لأنه من أنواع الاكتساب، فصار كالبيع بل هو أنفعُ لأنه لا يزولُ ملكُه عنه إلا بعدَ وصول البَدَل إليه، وفي البيع يزولُ الملكُ بالعقد، والقياسُ أن لا يجوز لأن مآلَه إلى العتقِ، فصارَ كالإعتاق على مالٍ، وجوابُه ما قلنا، بخلاف العِتْقِ على مالٍ، فإنه بالعتق يخرُجُ عن ملكِه، وقد لا يصلُ إلى البَدَل لإفلاس العبد وعجزِه عن الاكتساب، ولأنه يوجبُ للمعتِقِ أكثرَ ما وَجَبَ له، والشيءُ لا

فإن أدَّى قَبْلَه فولاؤُه للمَولى، وإن أدَّى الأوَّلُ قَبْلَه فوَلاؤُه له، وإن وُلِدَ له من أمَتِه ولَدٌ فحُكمُه كحُكمِه وكَسبُه له، وكذٰلكَ ولد المُكاتبةِ معها. ولو زَوَّجَ أمَتَه من عبدِه ثُمَّ كاتبَهما فوَلَدتْ دَخَلَ في كتابةِ الأم، . . . .

يتضمَّنُ ما هو فوقَه، بخلاف الكتابةِ فإنه يثبتُ للثاني مثلُ ما ثبت له، وفيه احتياط.

قال: (**فإن أدَّى قَبْلَه فولاؤُه للمَولى**) معناه: إذا أدَّى المكاتَبُ الثاني قبلَ الأوّل، لأنَّ للمَولى فيه نوعُ ملكٍ، فيصحُّ إضافةُ الإعتاق إليه، لأنه مسبِّبٌ عند تعذُّر إضافتها إلى المباشِر كالوكيل، فإذا أدَّى الأوّلُ بعدَ ذٰلك وعَتَقَ لم ينتقل إليه الولاءُ، لأن المولى جُعِلَ معتِقاً بسببٍ صحيح، فلا ينتقلُ عنه.

(**وإن أدَّى الأوَّلُ قَبْلَه فوَلاؤُه له**) لأنه إذا أدَّى الأوّلُ عَتَقَ وصار أهلاً، فيُضاف إليه لأنه الأصلُ.

قال: (**وإن وُلِدَ له من أمَتِه ولَدٌ فحُكمُه كحُكمِه وكَسبُه له**) لأنه لو كان حرّاً عَتَقَ عليه، فإذا كان مكاتَباً يتكاتبُ عليه تحقيقاً للصِّلةِ بقَدْر الإمكان، وإذا دَخَلَ في كتابتِه كان كسبُه له، لأن كسبَ ولدِه كَسْبُ كَسْبه.

قال: (**وكذٰلكَ ولد المُكاتبةِ معها**) لأنه ثبتَ فيها صفةُ امتناعِ البيع، فيسري إلى الولدِ كالتدبير ونحوِه.

قال: (**ولو زَوَّجَ أمَتَه من عبدِه ثُمَّ كاتبَهما فوَلَدتْ دَخَلَ في كتابةِ الأم**) لرُجحان جانبِ الأمّ كما مرّ في الحريةِ والرِّقّ.

وإن وَلَدتْ من مَولاها إن شاءَت مَضَتْ على الكتابةِ، وإن شاءَتْ صارَتْ أمَّ ولدٍ له وعَجَّزَتْ نفسَها، وإن كاتَبَ أُمَّ ولدِه جازَ، فإذا ماتَ سَقَطَ عنها مالُ الكتابةِ، . . . .

(**وإن وَلَدتْ من مَولاها إن شاءَت مَضَتْ على الكتابةِ، وإن شاءَتْ صارَتْ أمَّ ولدٍ له وعَجَّزَتْ نفسَها**) لأنه صار لها جهتا حريّةٍ: عاجلٌ ببدلِ الكتابة، وآجلٌ بغير بدلٍ وهي أُمّيَّةُ الولدِ، فتختارُ أيَّهما شاءت، وولدُها ثابتُ النسب من المَولى، لأن ملكَه ثابتٌ في الأمّ وهو كافٍ للاستيلاد وهو حرٌّ، لأن المولى يملكُ إعتاقَ ولدِها، فإن عجَّزَتْ نفسَها وصارت أمَّ ولدٍ فحكمُها ما تقدَّم، وإن مضت على الكتابةِ فلها أخذُ العُقْر لما قدَّمناه، فإن مات المولى بعدَ ذلك عَتَقَتْ بالاستيلاد وسَقَطَ عنها بدلُ الكتابة، وإن ماتت قبلَه وتركتْ مالاً يؤدَّى منه بدلُ الكتابة، وما بقي يرثُه ابنُها كما عُرف، وإن لم تترك وفاءً فلا سِعايةَ على الولد لأنه حرٌّ، فإن وَلَدَتْ ولداً آخرَ لم يلزم المولى إلا بدعوةٍ، لحرمةِ وطئِها عليه، فإن لم يَدَّعِه حتى ماتتْ من غيرِ وفاءٍ سعى الولدُ الثاني لأنه مكاتَبٌ تبعاً لها، فلو ماتَ المولى بعدَها عَتَقَ وبطلتْ عنه السعايةُ لأنه في حُكم أمِّ الولد.

قال: (**وإن كاتَبَ أُمَّ ولدِه جازَ**) لما مرّ في الاستيلاد (**فإذا ماتَ سَقَطَ عنها مالُ الكتابة**) لأنها عَتَقَتْ بالاستيلاد، والبدلُ وَجَبَ لتحصيل العتقِ وقد حَصَلَ، ويسلمُ لها الأولادُ والأكسابُ لما بينا، وإن أدَّتْ قبلَ موت المولى عَتَقَتْ بمقتضى عقدِ الكتابة.

وإن كاتَبَ مُدبَّرَهُ جازَ، فإن ماتَ المولى ولا مالَ له إن شاءَ سَعَى في ثُلُثَي قيمَته أو جَمِيعِ بَدَلِ الكِتابَةِ (سم).

(**وإن كاتَبَ مُدبَّرَهُ جازَ**) لما مر في التَّدبير.

(**فإن ماتَ المولى ولا مالَ له إن شاءَ سَعَى في ثُلُثَي قيمَته أو جَمِيعِ بَدَلِ الكِتابةِ**) وقال أبو يوسف: يسعى في الأقلِّ منهما. وقال محمد: يسعَى في الأقلِّ من ثُلُثَي قيمتِه وثُلُثَي بَدَلِ الكتابة، فالتخييرُ مذهبُ أبي حنيفةَ وحدَه، ومحمدٌ وحدَه خالفَ في المقدار، فخلافُهم في التخيير بناءً على اختلافهم في تجزؤ الإعتاق، فعند أبي حنيفةَ: لمَّا تجزأ عَتَقَ ثلثُه بالموت وبقي ثُلُثاه، فقد توجَّه له وجها عِتْقٍ: معجَّلٌ وهو السعايةُ بالتَّدبير، ومؤجَّلٌ ببدلِ الكتابةِ، فيختارُ أيَّهما شاء. وعندهما: عَتَقَ كلُّه لمَّا عَتَقَ بعضُه، وقد وجبَ عليه أحدُ المالَين، فيؤدِّي أقلَّهما لأنه يختارُ الأقلَّ لا محالةَ. ولمحمد في المقدار: أن البَدَلَ مقابَلٌ بالكل، وقد سَلِمَ له الثلثُ بالتدبير فيسقطُ بقَدَرِه، لأنه ما أوجَبُ البدلَ في مقابلةِ الثُّلُثين، ألا تَرى أنه لو خرج من الثلثِ سَقَطَ عنه جميعُ البدل، فإذا خرج ثلثُه سَقَطَ الثلثُ وصار كما إذا دَبَّرَ مكاتَبَه ومات، فإنه يسعَى في الأقلِّ من ثُلُثَي القيمةِ وثُلُثَي البدلِ، كذا هٰذا. ولهما: أنه قابَلَ جميعَ البدل بثُلُثَي رقبتِه، فلا يسقُطُ منه شيءٌ، وهٰذا لأنه بالتدبير استَحقَّ حريّةَ الثلثِ ظاهراً، والعاقلُ لا يلتزمُ المالَ بمقابَلَةِ ما يستحقُّه من حرِّيَّتِه، وصار كما إذا طلَّقَ امرأتَه ثنتين ثم طلَّقها ثلاثاً على ألفٍ، كانت الألفُ مقابلةً بالواحدةِ الباقيةِ لدِلالة الإرادةِ، كذا هٰذا، بخلاف ما إذا دَبَّرَ مكاتَبَه، لأن البَدَل مقابلٌ بالجميع، إذ لا استحقاقَ له في شيءٍ بالكتابة فافترقا.

فصل

وإذا كاتَبَ المُسلِمُ عبدَه على خَمْرٍ، أو خنزيرٍ، أو على قِيمَةِ العبدِ (س)، أو على أَلْفٍ على أن يَرُدَّ إليه عبداً بغيرِ عينِه فهو فاسِدٌ، فإن أَدَّى الخَمرَ عَتَقَ (ز)، ....

فصل

(وإذا كاتَبَ المُسلِمُ عبدَه على خَمْرٍ، أو خنزيرٍ، أو على قِيمَةِ العبدِ، أو على أَلْفٍ على أن يَرُدَّ إليه عبداً بغيرِ عينِه فهو فاسِدٌ) لأن الخمرَ والخنزيرَ ليسا بمالٍ في حقِّ المسلم، فلم يصلُحَا بَدَلاً، والقيمةُ مجهولةُ القَدْر والجِنْسِ والصِّفةِ، فصار كالكتابةِ على ثوبٍ أو دابةٍ فإنه لا يجوزُ لتفاحُش الجهالةِ، كذا هنا. وأما الثالثةُ فمذهبُ أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وقال أبو يوسف: هي جائزةٌ ويُقسَمُ الألْفُ على قيمةِ المكاتَب وعلى قيمةِ عبدٍ وَسَطٍ، فيبطُلُ منها حِصَّةُ العبدِ، ويصيرُ مكاتَباً بالباقي، لأنه لو كاتَبه على عبدٍ صَحَّ وانصرَفَ على عبدٍ وَسَطٍ، فكذا يصحُّ استثناؤُه منه. ولهما: أن المستثنَى مجهولٌ فيوجِبُ جهالةَ المستثنى منه، ولأن العبدَ لا يصحُّ مستثنى من الألْفِ، وإنما المستثنى قيمتُه، والقيمةُ لا تصلُحُ بَدَلاً فلا تصلُحُ مستثنى.

قال: (فإن أَدَّى الخَمرَ عَتَقَ) باعتبار التعليقِ، وإن لم ينُصَّ على التعليق، لأن الفاسدَ معتبَرٌ بالجائز كالبيع. وقال زفر: لا يعتِقُ إلا بأداءِ قيمةِ الخمر، لأن القيمةَ هي البدلُ. وقال أبو يوسف: يعتِقُ بأداءِ كلِّ واحدٍ منهما، أما الخمرُ فلأنه بدَلُ صورةٍ، وأما البدلُ فبدلٌ معنًى.

وإذا عَتَقَ بأداءِ الخَمرِ فعليه قِيمَةُ نَفسِه لا يَنقُصُ عن المُسمَّى ويُزادُ عليه، وفيما إذا كاتَبَه على قيمته يَعتِقُ بأداءِ القيمَةِ. والكتابةُ على الدَّمِ والمَيتةِ باطلٌ، وعلى الحَيَوانِ والثَّوبِ كالنِّكاحِ. ....

وعن أبي حنيفة: إنما يعتِقُ بأداءِ عينِ الخمر إذا قال: إن أدَّيتَها فأنت حرٌّ، للتنصيص على التعليق، وفي ظاهرِ الروايةِ لم يفصل على ما مرّ.

قال: (**وإذا عَتَقَ بأداءِ الخَمرِ فعليه قِيمَةُ نَفسِه**) كما قلنا في البيع الفاسدِ إذا هَلَكَ المبيعُ (**لا يَنقُصُ عن المُسمَّى ويُزادُ عليه**) لأنه عقدٌ فاسدٌ، فتجبُ القيمةُ عند الهلاك بالغةً ما بَلَغَتْ كالمبيع فاسداً، ولأنَّ المولى ما رضي بالنقصانِ، والعبدُ رضي بالزيادةِ خوفاً من بُطلان العتقِ، فتجبُ الزيادة.

قال: (**وفيما إذا كاتَبَه على قيمته يَعتِقُ بأداءِ القيمَةِ**) لأنه هو البَدَلُ، فيعتِقُ كالخمر، وأثرُ الجهالةِ في الفساد، بخلاف ما إذا كاتَبَه على ثوبٍ حيث لا يعتِقُ بأداءِ ثوبٍ لفُحش الجهالةِ، فإنه لا يُدرَى أيَّ ثوبٍ أراد المولى، ولا يثبتُ العتقُ بدون إرادتِه.

قال: (**والكتابةُ على الدَّمِ والمَيتةِ باطلٌ**) لأنهما ليسا بمالٍ أصلاً، ولا موجبَ لها، ولو علَّق العتقَ بأدائِهما عَتَقَ بالأداء لوجود الشرط، ولا شيءَ عليه لعدم المالية.

قال: (و) الكتابةُ (**على الحَيَوانِ والثَّوبِ كالنِّكاحِ**) إن عيَّنَ النوع صَحَّ، وإن أطلَقَ لا يصحُّ، وتمامُه مرَّ في النكاح، ولو علَّق عتقَه بأداءِ ثوبٍ أو دابةٍ أو حيوانٍ فأدَّى لا يعتِقُ، للجهالةِ الفاحشةِ على ما بيناه،

ولو كاتَبَ الذّمّيُّ عبدَه على خَمرٍ جازَ، وأيُّهما أسلَمَ فللْمَولى قيمةُ الخَمْرِ.

فصل

ولو كاتَبَ عَبدَيه كِتابةً واحدةً إن أدَّيا عَتَقا، وإن عَجَزا رُدَّا إلى الرِّقِّ، ولا يَعتِقان إلا بأداءِ الجميعِ، ولا يَعْتِقُ أحدُهُما بأداءِ نَصِيبِه، فإن عَجزَ أحدُهُما فَرُدَّ إلى الرّقّ ثُمَّ أدّى الآخر جميعَ الكِتابةِ عَتَقا، . . . .

وإن كاتبَه على حيوانٍ موصوفٍ فأدَّى القيمةَ أُجبِرَ على قَبولِهِ كما قلنا في المهر.

قال: (ولو كاتَبَ الذّمّيُّ عبدَه على خَمرٍ جازَ) إذا ذكر قَدْراً معلوماً، وكذلك إذا كاتَبه على خنزيرٍ، لأنها مالٌ في حقهم.

(وأيُّهما أسلَمَ فللْمَولى قيمةُ الخَمْرِ) لأنه إن كان العبدُ هو المسلمُ فهو ممنوعٌ من تمليكها، وإن كان المولى فهو ممنوعٌ من تملُّكها، فوجبت القيمةُ، وأيُّهما أدَّى عَتَقَ، لأن القيمةَ تصلُحُ بَدَلاً، كالكتابة على حيوانٍ موصوفٍ، فيعتِقُ بأيهما كان.

فصل

(ولو كاتَبَ عَبدَيه كِتابةً واحدةً إن أدَّيا عَتَقا، وإن عَجَزا رُدَّا إلى الرِّقِّ، ولا يَعتِقان إلا بأداءِ الجميع) لأن الكتابةَ واحدةٌ، وشرطُه فيهما معتَبَرٌ.

(ولا يَعْتِقُ أحدُهُما بأداءِ نَصِيبِه) لما قلنا.

(فإن عَجزَ أحدُهُما فَرُدَّ إلى الرّقّ) إما بتصالُحِهما أو رَدَّه القاضي ولم يَعلم الآخرُ بذلك (ثُمَّ أدّى الآخر جميعَ الكِتابةِ عَتَقا) لأنهما

ولو كانا لرَجُلينِ فكاتَباهُما كذٰلكَ فكُلُّ واحدٍ منهما مُكاتَبٌ بحِصَّتِه يَعْتِقُ بأدائها، وإن كاتبَهُما على أنَّ كُلَّ واحدٍ منهما ضامِنٌ عن الآخَرِ جازَ، فأيُّهما أدَّى عَتَقا، ويَرجعُ على شَريكِه بنِصْفِ ما أدَّى.

كشخصٍ واحد، ألا تَرى أنهما لا يَعتِقان إلا بأداءِ الجميع، فكذا لا يُردَّان إلا بعجزِهما، ولأن الغائب يتضرَّرُ بهٰذا القضاء، لأنه لو نَفَذَ تسقطُ حِصَّتُه من البَدَل، ولا يَعتِقُ بأداء حصَّتِه، والحاضرُ ليس بخَصْمٍ عنه فيما يضرُّه، وكذا لو سَعَى بعد ذٰلك وأدَّى نجماً أو نَجمَينِ ثم عَجَزَ ورُدَّ في الرِّقِّ فهو باطلٌ، لأن ردَّ الأوّل لمَّا لم يصحَّ صار كالعَدَم، فلا يتحققُ العَجْزُ لاحتمال قُدرة الأوّل.

قال: (**ولو كانا لرَجُلينِ فكاتَباهُما كذٰلكَ فكُلُّ واحدٍ منهما مُكاتَبٌ بحِصَّتِه يَعْتِقُ بأدائها**) لأن كلَّ واحدٍ منهما إنما استوجَبَ البَدَلَ على مملوكِه، ويُعتبر شرطُه في مملوكِه لا في مملوكِ غيرِه، بخلاف المسألةِ الأولى لأن شرطَه معتبَرٌ في حقِّهما لأنهما مملوكاه.

قال: (**وإن كاتبَهُما على أنَّ كُلَّ واحدٍ منهما ضامِنٌ عن الآخَرِ جازَ**) استحساناً، ويُجعل كلُّ واحدٍ منهما أصلاً في وجوب الألفِ عليه، ويكون عِتقُهما معلَّقاً بأدائِه، ويُجعل كفيلاً بالألْفِ في حقِّ صاحبه تصحيحاً لتصرُّفهم، لحاجتِهم إلى الخروج عن الرِّقِّ، وإذا كان كذٰلكَ (**فأيُّهما أدَّى عَتَقا**) لوجود الشرط (**ويَرجعُ على شَريكِه بنِصْفِ ما أدَّى**) لأنه قَضَى ديناً عليه بأمرِه، فيرجعُ عليه تحقيقاً للمساواةِ بينَهما، ولو لم يرجع بشيءٍ أو رَجَعَ بالجميع لا تحصُلُ المساواةُ بينهما.

فصل

وإذا ماتَ المُكاتَبُ وتَرَكَ وفاءً أُدِّيَتْ مُكاتبَتُه وحُكِمَ بحُرِّيَّتِه في آخِرِ جُزءٍ من أجزاءِ حياتِه ويَعتِقُ أولادُه، فإن فَضَلَ شيءٌ فلِوَرَثَتِه . . . .

ولو أعتَقَ المولى أحدَهما قبلَ الأداء عَتَقَ لما بينا، وسقطت حِصَّتُه لما تقدّم، ويبقى على الآخرِ النصفُ، لأن البَدَلَ مقابَلٌ برقبتهما على الحقيقة، وإنما جعلناه على كلٍّ واحدٍ منهما احتيالاً لصحةِ الكفالةِ، وبعتقِ أحدِهما استغنيَا عن ذٰلك، وإذا كان مقابَلاً بالرقَبتين تَنَصَّفَ وللمولى أن يأخذَ بالنصفِ الباقي أيّهما شاء: المعتَقَ بالكفالةِ وصاحبَه بالأصالة.

ولو كاتَبَ نصفَ عبدِه جاز وصار نصفُه مكاتَباً، وعندهما: يصيرُ كلُّه مكاتَباً بناءً على تجزؤ الإعتاق وعدمِه، فيصيرُ نصفُه مكاتَباً ونصفُه مأذوناً له في التجارة، لأن الإذنَ لا يتجزأ، ونصفُ أكسابِه له ونصفُها للمولى، فإذا أدّى عَتَقَ نصفُه وسعى في نصفِ قيمتِه، ولا حقَّ للمولى في أكسابِه بعد العِتق لأنه مستسعَى، وهو كالمكاتَب عندَه، ولا حقَّ للمولى في أكسابِ المكاتَب.

فصل

(وإذا ماتَ المُكاتَبُ وتَرَكَ وفاءً أُدِّيَتْ مُكاتبَتُه وحُكِمَ بحُرِّيَّتِه في آخِرِ جُزءٍ من أجزاءِ حياتِه ويَعتِقُ أولادُه، فإن فَضَلَ شيءٌ فلِوَرَثَتِه) روي ذٰلك عن عليٍّ وابنِ مسعود رضي الله عنهما[1]. ولأنه عقدُ معاوضةٍ

---

(١) أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» عن علي وابن مسعود وشريح =

فإنْ لم يَترُكْ وَفاءً وتَرَكَ ولداً وُلِدَ في الكتابةِ سَعَى كالأب، وإن تَرَكَ ولداً مُشْتَرىً فإنْ أدَّى الكِتابةَ حالاً وإلاَّ رُدَّ في الرِّقِّ (سم)، . . . .

لا ينفسخُ بموتِ أحدِهما وهو المولى، فلا ينفسخُ بموت الآخرِ تسويةً بينهما، وكما في البيع، ولأن البَدَل كان في ذمتِه ولم تبقَ صالحةً لذٰلك بالموت، ولهٰذا حلَّ به الأجلُ فينتقلُ إلى التركةِ كسائرِ الديون، فخَلَتِ الذمةُ، وخُلوُّ الذمةِ يوجبُ العتقَ، إلا أنه لا يُحكَم بالعتقِ حتى يصلَ المالُ إلى المولى مراعاةً لحقِّه، وليتحقَّقَ خلوُّ ذمتِه لاحتمال هلاكِ تركتِه قبل الأداء، فإذا وَصَلَ حُكِم بحُرِّيتِه في آخر جزءٍ من أجزاءِ حياتِه، فيموتُ حراً، فيَعتِقُ أولادُه تَبَعاً له على ما قدّمنا، فإن فَضَل شيءٌ فلورثتِه لأنه حرٌّ وهم أحرارٌ.

(فإنْ لم يَترُكْ وَفاءً وتَرَكَ ولداً وُلِدَ في الكتابةِ سَعَى كالأب) معناه على نُجومِه، فإذا أدَّى حُكم بعتقِ أبيه قبل موتِه، وعَتَقَ الولدُ لأنه داخلٌ في كتابةِ أبيه، لأنه وقتَ العقدِ كان من أجزاءِ الأب متصلاً به، فورد العقدُ عليه، فدخل في كتابتِه، وكَسْبُه ككسبِه، فيخلُفُه في الأداءِ، وصار كما إذا تَرَكَ وفاءً.

قال: (وإن تَرَكَ ولداً مُشْتَرىً فإنْ أدَّى الكِتابةَ حالاً وإلاَّ رُدَّ في الرِّقِّ)

= قالوا: إذا مات المكاتب وترك مالاً أدى ما بقي في مكاتبته وكان ما بقي ميراثاً لورثته، وعن زيد بن ثابت أنه قال: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وإن مات قبل أن يؤدي مكاتبته أخذ ماله كله. وانظر «سنن البيهقي» ١٠/ ٣٢٤ و٣٢٦ و٣٣١.

وإذا ماتَ المَولى أدَّى الكِتابةَ إلى ورَثَتِه على نُجُومِه، وإن أعتَقَه أحدُهُم لم يَعتِقْ، وإن أعتقُوهُ جميعاً عَتَقَ، وإذَا عَجَزَ المُكاتَبُ عَنْ نَجْمٍ نظَرَ الحاكِمُ، فإنْ كانَ له مالٌ ....

وقالا: هو كالمولود في الكتابةِ، لأنه يُتَكاتَبُ عليه تَبَعاً له فاستَوَيا.

ولأبي حنيفة: أن المشتَرَى لم يدخل تحتَ العقدِ، لأن العقدَ لم يُضَفْ إليه لانفصاله عن الأب وقتَ العقدِ، فلا يَسري إليه حُكمُه، بخلاف المولود في الكتابةِ، لأنه متصلٌ به حالةَ العقدِ، فسَرَى العقدُ إليه ودخل في حُكمِه، فسعى في نُجومِه، إلا أن المشتَرَى إذا أدَّى في الحالِ يصيرُ كأنَّ المكاتَبَ ماتَ عن وفاءٍ، فيُحكَمُ بعتقِه آخرَ عمرِه، فيَعتِقُ ولدُه تَبَعاً على ما بينا.

قال: (**وإذا ماتَ المَولى أدَّى الكِتابةَ إلى ورَثَتِه على نُجُومِه**) لأنهم يخلُفُونَه في الاستيفاء.

(**وإن أعتَقَه أحدُهُم لم يَعتِقْ**) لعدمِ المِلْكِ، فإنه لا يملكُ بسائرِ أسبابِ الملكِ، فكذا بالإرث.

(**وإن أعتقُوهُ جميعاً عَتَقَ**) لأنه يصيرُ إبراءً عن بدلِ الكتابة، لأن الإرثَ يجري في البَدَل، والإبراءُ عنه موجبٌ للعِتق، كما لو أبرأَه المولى، إلا أن إعتاقَ البعضِ لا يوجبُ إسقاطَ نصيبه من البَدَل، لأنه لا يمكنُ جعلُه إبراءً مقتضىً للعتقِ ولا عِتْقَ، فإنه لو أعتقَه البعضُ لا يعتِقُ، ولا يمكن أن يجعلَه إبراءً عن الكلِّ لتعلُّقِ حقِّ الغَير به.

قال: (**وإذَا عَجَزَ المُكاتَبُ عَنْ نَجْمٍ نظَرَ الحاكِمُ، فإنْ كانَ له مالٌ**

يَرْجُو وُصُولَهُ أَنْظَرَهُ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاثَةً[1] ولا يُزَادُ عَلَيْها، وإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ جِهَةٌ عَجَّزَهُ (س) وعَادَ إلى أحْكامِ الرّق.

يرْجُو وُصُولَهُ أَنْظَرَهُ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاثَةً[1] ولا يُزَادُ عَلَيْها) لأن في ذٰلك نظراً للجانبين، والثلاثُ مدةٌ تُضربُ لإبلاءِ الأعذار، كما في إمهال المَديون للقضاءِ ونحوِه.

(وإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ جِهَةٌ عَجَّزَهُ وعَادَ إلى أحْكامِ الرّقّ) وقال أبو يوسف: لا يعجِّزُه حتى يتوالى عليه نجمان، وهو مأثورٌ عن عليٍّ رضي الله عنه[2]. ولهما: أن العجزَ سببُ الفسخِ وقد تحقَّق، فإنَّ من عَجَزَ عن نجمٍ كان عن نجمين أعْجَزَ، ولأنه فاتَ مقصودُ المولى وهو وصولُ المال إليه عند حُلول النجمِ، فلم يكن راضياً فيُفسَخُ، واليومان[3] والثلاثةُ لا بدَّ منهما لإمكان الأداءِ وليس بتأخير، والأثرُ معارَضٌ بما روي أن ابنَ عمر عجَّزَ مكاتَبَةً له حين عَجَزَتْ عن نجمٍ واحدٍ وردَّها إلى الرقِّ[4]، فتعارضا.

---

(١) في (س): وثلاثة، والمثبت من (م).

(٢) أخرجه البيهقي ١٠/ ٣٤٢، وإسناده ضعيف.

(٣) في الأصلين: واليومين، والجادة ما أثبتنا.

(٤) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٤٦ وقال: غريب، وقال الحافظ ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٩٢: لم أجده. وذكر أثراً عن ابن عمر عند ابن أبي شيبة في «مصنفه» ٦/ ٣٩٠ عن وكيع وابن أبي زائدة، عن أبان بن عبد الله البجلي، عن عطاء: أن ابن عمر كاتب غلاماً له على ألف دينار، فأداها إلا مئة، فرده في الرق. =

. . . .

فإن عَجَزَ عن نجمٍ عند غيرِ القاضي فرَدَّه مولاه برِضاه جاز، لأن الفسخَ بالتراضي يجوزُ من غير عذرٍ، فبُعذرٍ أولى، وإن أبى العبدُ ذٰلك فلا بدَّ من القضاءِ بالفسخ، لأنه عقدٌ لازمٌ، فلا بدَّ في فسخِه من القاضي أو الرِّضَا كسائر العقود، وإذا فَسَخَه عادَ إلى أحكام الرِّقِّ، لأن بالفسخ تصيرُ الكتابةُ كأنْ لم تكن، وما في يدِه من أكسابِه لمولاه، لأنها كسبُ عبدِه.

❑ ❑ ❑

= وأخرجه البيهقي في «السنن» ١٠/ ٣٤١ من طريق ابن المبارك، عن أبان بن عبد الله البجلي، عن عطاء بن أبي رباح: أن ابن عمر، فذكره.

كتاب الولاء

وهو نَوعانِ: وَلاءُ عَتاقَةٍ، ووَلاءُ مُوالاةٍ. وسَببُ ولاءِ العَتاقةِ الإعتاقُ، وعِتْقُ القريبِ بالشِّراء، والمُكاتَبِ بالأداء، والمُدَبَّرِ وأمِّ الولدِ بالمَوتِ إعتاق، ....

كتاب الولاء

(وهو نوعان: ولاءُ عَتَاقةٍ) ويُسمَّى ولاءُ نعمةٍ (ووَلاءُ مُوالاةٍ. وسَببُ ولاءِ العَتاقةِ الإعتاقُ) لإضافتِه إليه، والحُكم يضافُ إلى سببِه، وسواءٌ كان ببدلٍ أو بغير بدلٍ أو للكفارةِ أو لليمينِ أو بالنَّذْر.

(وعِتْقُ القريبِ بالشِّراء، والمُكاتَبِ بالأداء، والمُدبَّرِ وأمِّ الولدِ بالمَوتِ إعتاق) لأنَّ جميع ذٰلك يضافُ إليه، فيكون من جهتِه، فيدخلُ تحتَ قوله عليه السلام: «الولاءُ لِمَنْ أعتَقَ»[1]، والمقصودُ من الولاء بنوعيه: التناصُرُ، وكانت الجاهليةُ يتناصَرون بأشياء: منها الحِلْفُ وغيرُه، فقرَّر ﷺ تناصُرَهم بنوعي الولاء، فقال: «مَولى القوم منهم»،

---

(١) أخرجه من حديث عائشة البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤)، وهو في «المسند» (٢٤٠٥٣) و(٢٤١٥٠)، و«صحيح ابن حبان» (٤٢٧٢). وانظر أحاديث الباب في «المسند».

ويَثبُتُ للمُعتِقِ ذَكراً كان أو أُنثى وإن شَرَطَه لغيرِه أو سائبَةً، ولا يَنتَقِلُ عنه أبداً،

وقال: «حليفُ القوم منهم»[1] والمراد بالحليف: مولى المُولاة، فإنهم كانوا إذا عقدوا عَقْدَ الولاءِ أكَّدوها بالحلف.

قال: (**ويَثبُتُ للمُعتِقِ ذَكراً كان أو أُنثى وإن شَرَطَه لغيرِه أو سائبَةً**) لإطلاق ما روينا. (**ولا يَنتَقِلُ عنه أبداً**) لأنه عِتْقٌ على ملكِه، وتأكَّد السببُ من جهتِه، فلا ينتقلُ عنه.

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٨٩٩٢) من طريق إسماعيل بن عبيد بن رفاعة، عن أبيه، عن جده رفاعه بن رافع قال: قال رسول الله ﷺ: «مولى القوم منهم، وابن أختهم منهم، وحليفهم منهم». وهو حديث صحيح لغيره.

وأخرج البخاري (٦٧٦١) عن أنس، عن النبي ﷺ قال: «مولى القوم من أنفسهم».

وأخرج الدارمي ٢/ ٢٤٣-٢٤٤، والطبراني في «الكبير» ١٧/ (٢) من طريق كثير بن عبد الله المزني، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «مولى القوم منهم، وحليف القوم منهم، وابن أخت القوم منهم». وكثير ضعيف، ورواية الطبراني مطولة.

وأخرج أحمد في «مسنده» (١٥٧٠٨) من حديث مهران: أن رسول الله ﷺ قال: «إنا آل محمد لا تحل لنا الصدقة، ومولى القوم منهم» وهو صحيح بشواهده.

وأخرج أحمد في «مسنده» (٢٣٨٦٣) من حديث أبي رافع وفيه: «يا أبا رافع، إن الصدقة حرام على محمد وعلى آل محمد، إن مولى القوم من أنفسهم» وهو في «السنن»، وهو حديث صحيح. وانظر تمام تخريجه في «المسند».

وأخرجه عن أبي هريرة البزار (٢١٩ ـ كشف) بلفظ: «حليف القوم منهم، ومولى القوم منهم، وابن أخت القوم منهم» وفي سنده الواقدي، وهو ضعيف.

فإذا ماتَ فهو لأَقربِ عَصَبتِه فيكُونُ لابنِه دُونَ أبيه إذا اجتَمَعا، وإنِ استَوَوا في القُرْبِ فهُمْ سَواءٌ، وليسَ للنِّساءِ من الولاءِ إلاَّ ولاءُ مَن أعتَقْنَ أو أعْتَقَ مَن أعتَقْنَ أو جَرَّ ولاءَ مُعتَقِهِنَّ . . . .

(فإذا ماتَ فهو لأَقربِ عَصَبتِـه فيكُونُ لابنِه دُونَ أبيه إذا اجتَمَعا) وفيه اختلافٌ ذكرتُه ودلائلَه في الفرائضِ من هٰذا الكتاب بعون الله تعالى.

قال: **(وإنِ استَوَوا في القُرْبِ فهُمْ سَواءٌ)** لاستوائهم في العِلَّةِ، وهي القرابةُ والعُصوبةُ.

قال: **(وليسَ للنِّساءِ من الولاءِ[1] إلاَّ ولاءُ مَن أعتَقْنَ أو أعْتَقَ مَن أعتَقْنَ أو جَرَّ ولاءَ مُعتَقِهِنَّ)** لأنهن لَسْنَ بعصبةٍ، أو لأنَّ السببَ النصرةُ ولَسْنَ من أهلِها، ولقوله عليه السلام: «ليس للنساءِ من الولاءِ إلا مَن أعتَقْنَ أو أعتَقَ من أعتَقْنَ أو كاتَبْنَ أو كاتَبَ مَن كاتَبْنَ أو جَرَّ ولاءَ معتَقِهِنَّ أو معتَقِ معتَقِهِنَّ»[2]، وهٰذا دليلٌ على ثُبوت الولاءِ لهنَّ إذا

---

(١) قوله: «من الولاء» لم يرد في (س)، وأثبتناه من (م).

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» وقال: غريب، وقال الحافظ ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٩٥: لم أجده هٰكذا.

وأخرج البيهقي في «سننه» ١٠/ ٣٠٦ من طريق الحارث بن حصين، عن زيد بن وهب، عن علي وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للِكبر من العصبة ولا يورثون النساء إلا ما أعتقن أو أعتقن من أعتقن.

وأخرج أيضاً من طريق إبراهيم قال: كان عمر وعلي وزيد بن ثابت لا يورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن. وهو عند ابن أبي شيبة ١١/ ٣٨٨. =

. . . .

أعتقْنَ أو كُنَّ سبباً في الإعتاق، وينفي ثبوتَ الولاءِ لهنَّ بعدَ ذلك، ويؤيدُ هٰذا حديثُ ابنةِ حمزة وقد ذكر في الفرائض أيضاً[1]، ولأنها

= وأخرج ابن أبي شيبة ١١/٣٨٨ عن الحسن أنه قال: لا ترث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتقن من أعتقن إلا الملاعنة، فإنها ترث من أعتق ابنها الذي انتفى منه أبوه.

وأخرج عبد الرزاق (١٦٢٦١) عن الثوري، عن أشعث، عن إبراهيم والشعبي قالا: لا ترث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتقن من أعتقن، قال غيرهم: أو جر من أعتقن وإلا فهو يحرزهن.

وأخرج ابن أبي شيبة ١١/٣٨٨ عن عمر بن عبد العزيز قال: لا ترث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن.

وأخرج ابن أبي شيبة ١١/٣٠٨، والبيهقي ١٠/٣٠٦ عن ابن سيرين، نحوه.

وأخرج عبد الرزاق (١٦٢٦٣) عن الحسن بن عمارة، عن الحكم، عن يحيى بن الجزار، عن علي بن أبي طالب قال: لا ترث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن.

وأخرج أيضاً (١٦٢٦٤): قال الحكم: وأخبرني إبراهيم، عن ابن مسعود، مثله. قال الحكم: وكان شريح يقوله.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٧٣٤)، والنسائي في «الكبرى» (٦٣٦٥) من طريق محمد بن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى، عن الحكم بن عتيبة، عن عبد الله بن شداد، عن ابنه حمزة بن عبد المطلب قالت: مات مولاي وترك ابنة له، فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته، فجعل لي النصف، ولها النصف. ومحمد بن عبد الرحمٰن ابن أبي ليلى ضعيف يعتبر به. =

ساوت الرجل في السبب وهو الإعتاق، وإذا استحقَّتْ ميراثَ معتَقِها فكذا معتَقِ معتَقِها، لأنها تسببتْ إلى عتقِه، ولأن معتَقَه يُنسبُ إليها بالولاء.

وصورةُ جَرِّ ولاءِ معتَقِهنَّ: (**بأنّ زَوَّجَتْ عبدَها مُعتَقةَ الغيرِ فوَلَدَتْ، فولاؤُه لمَوالي الزَّوجةِ**) لأن الأبَ عبدٌ لا ولاءَ له، فإذا أُعتِقَ جَرَّ ولاءَ ابنِه إلى مَواليه. وصورةُ معتَقِ معتَقِهِنَّ: إذا أعتَقَتْ عبداً فاشتَرى عبداً وزوَّجه معتَقَةَ الغير فولدَتْ منه، فولاءُ أولادِها لمَواليها لما بينا، فإذا أعتَقَ معتَقُ المرأةِ العبدَ جَرَّ ولاءَ أولادِه إليه، ويكونُ ذٰلك الولاءُ لمعتِقَتِه، فذٰلك جَرُّ ولاءِ معتَقِ معتَقِها. ولو أُعتِقت الأمُّ وهي حاملٌ فولَدَتْ، لا ينتقلُ الولاءُ عن مَواليها أبداً، لأن العتقَ وَرَدَ على الولدِ، لأنه كان موجوداً متصلاً بها وقتَ العتقِ، فلا ينتقلُ ولاؤُه، كما إذا

= وأخرجه النسائي (٦٣٦٦)، والطبراني في «الكبير» (٨٧٦) من طريق عبد الله ابن عون، عن الحكم بن عتيبة، عن عبد الله بن شداد: أن ابنة حمزة أعتقت مملوكاً لها، فمات وترك ابنته ومولاته فورثته ابنته النصف وورثته ابنة حمزة النصف. قال النسائي: وهٰذا أولى بالصواب من الذي قبله.

وأخرج أبو داود في «مراسيله» (٣٦٤) من طريق محمد بن جعفر، عن شعبة، عن الحكم، عن عبد الله بن شداد أنه قال: هل تدرون ما ابنة حمزة منِّي؟ قال: كانت أختي لأمي، وإنها أعتقت مملوكاً لها، فتوفي، وترك ابنته ومولاته، فجعل رسول الله ﷺ ميراثه بينهما نصفين. ورجاله ثقات.

وقد بسطنا الكلام عليه في «المراسيل» فانظره.

اعتَقَه قَصْداً، ويُعرف ذٰلك إذا ولدتْه لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ من يومِ العِتقِ على ما عُرف، وكذا إذا ولدَتْ ولَدَين أحدُهما لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ لأنهما خُلِقا من ماءٍ واحدٍ.

والأصلُ في جَرِّ الولاءِ قولُه عليه السلام: «الولاءُ لُحْمَةٌ كلُحمةِ النَّسبِ»[1]، والنسبُ إلى الآباء، فكذا الولاءُ، فإذا امتَنَع إثباتُه إلى الأبِ لِمانعٍ، فإذا زال المانعُ عادَ الولاءُ إلى الأبِ عملاً بالأصل كولَدِ المُلاعَنَة يُنسبُ إلى أمِّه، فإذا أكذَبَ الأبُ نفسَه ثَبَتَ نسبُه منه. وروي أن الزبيرَ بن العَوَّام رأى بخيبرَ فتيةً لُعْساً[2] أعجبَه ظَرَفُهم، وأمُّهم مولاةٌ لرافعِ بن خَديج، وأبوهم عبدٌ لبعضِ جُهينةَ أو لبعضِ أشجَعَ، فاشتَرى أباهم فأعتَقَه، وقال لهم: انتسِبوا إليَّ، فقال رافعٌ: بل هم مَواليَّ، فاختَصَما إلى عثمانَ، فقضَى بالولاءِ للزُّبير من غيرِ مخالفةٍ من غيرِه[3].

(١) أخرجه من حديث ابن عمر الشافعي في «مسنده» ٢/ ٧٢-٧٣، وابن حبان (٤٩٥٠)، والحاكم ٤/ ٣٤١، والبيهقي ١٠/ ٢٩٢، وإسناده صحيح.

وله شاهد من حديث علي عند البيهقي ١٠/ ٢٩٤، وإسناده صحيح.

(٢) اللَّعَس بفتحتين: لون الشَّفَة إذا كانت تضرب إلى السواد قليلاً، وذٰلك يُسْتَمْلَحُ. يقال: شَفَة لَعْساءُ، وفتيةٌ ونسوةٌ لُعْسٌ.

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» ٢/ ٧٨٢ عن ربيعة بن عبد الرحمٰن: أن الزبير بن العوام اشترى عبداً فأعتقه، ولذٰلك العبد بنون من امرأة حُرَّة، فلما أعتقه الزبير قال: هم مواليَّ، وقال مَوالي أمهم: بل هم موالينا. فاختصموا إلى عثمان ابن عفان، فقضى عثمان للزبير بولائهم.

ولو أُعتِقَ الجَدُّ لم يجرَّ الولاءَ، ولا يكونُ الصغيرُ مسلماً بإسلام جَدِّه، فإن المسلمين لم يجعلوا الصغارَ مسلمين بإسلامِ آدمَ ونوحٍ عليهما الصلاةُ والسلام، وهما جَدَّان. وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ: أنه يكون مسلماً تَبَعاً للجَدِّ، ويَجُرُّ الجدُّ ولاءَه، لأن الجدَّ بمنزلةِ الأبِ عند عَدَمِه.

قال: (**وسَبَبُ وَلاءِ المُوالاةِ العَقْدُ**) والمطلوبُ منه التناصرُ، وله ثلاثةُ شرائطَ: أن لا يكونَ له معتِقٌ، لأن ولاءَ العَتَاقةِ أقوى، فيَمنع ثبوتَ الأضعف. الثاني: أن لا يكونَ عربياً، لأن العربَ لا يُستَرَقُّون، فلا يكونُ عليهم ولاءُ العَتاقةِ، فولاءُ المُوالاة أولى. والثالث: أن لا يَنتسِبَ إلى أحدٍ ولا يكونَ له نسبٌ معروف.

وهو عقدٌ مشروعٌ، لقوله عليه السلام لمَّا سُئل عمَّن أسلَمَ على يَدَي رجلٍ فقال: «هو أحقُّ الناسِ به محياه ومماتَه إن والاه»[1]، أي: بميراثِه لا بشخصِه. وروي أن رجلاً أسلَمَ على يدِ تميمٍ الدَّاريِّ ووالاه، فقال له عليه السلام: «هو أخوكَ ومَولاكَ تَعقِلُ عنه وترِثُه»[2].

---

(١) أخرجه من حديث تميم الداري أبو داود (٢٩١٨)، وابن ماجه (٢٧٥٢)، والترمذي (٢١١٢)، والنسائي في «الكبرى» (٦٣٧٨)، وهو في «المسند» (١٦٩٤٤) وهو حديث ضعيف. انظر تمام تخريجه والتعليق عليه في «المسند».

(٢) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣١٥ ولم يخرجه. وانظر حديث تميم نفسه السالف قبله فهو بمعناه.

وانظر «نصب الراية» للزيلعي ٤/ ١٥٣. و«الدراية» لابن حجر ٢/ ١٩٤- ١٩٥.

وصُورتُه: إذا أسلَمَ على يَدِ رَجُلٍ ووالاه على أن يَرِثَه ويَعْقِلَ عنه فقالَ: أنتَ مَولايَ تَرِثُني إذا مُتُّ، وتَعْقِلُ عَنِّي إذا جَنَيتُ، فيَقْبَلُ الآخَرُ، فذٰلكَ صحيحٌ، فإذا ماتَ ولا وارِثَ له وَرِثَه. وله أن يَفْسَخَ عَقْدَ الولاءِ بالقولِ والفعلِ،

(**وصُورتُه: إذا أسلَمَ على يَدِ رَجُلٍ ووالاه على أن يَرِثَه ويَعْقِلَ عنه فقالَ: أنتَ مَولايَ تَرِثُني إذا مُتُّ، وتَعْقِلُ عَنِّي إذا جَنَيتُ، فيَقْبَلُ الآخَرُ، فذٰلكَ صحيحٌ**) وكذا إذا أسلَمَ على يدِ رجلٍ ووالى غيرَه صحّ.

(**فإذا ماتَ ولا وارِثَ له وَرِثَه**) لما روينا، وتمامه يُعرَفُ في الفرائض.

ويدخلُ في عقدِ الولاءِ الأولادُ الصِّغارُ للتبعيَّةِ والولايةِ، وكذا كلُّ مَن يولَدُ له بعدَ ذٰلك، ولأنهم يتبعونَه في النسب، فكذا في الولاء، فإن أسلَمَ له ابنٌ كبيرٌ على يدِ آخرَ ووالاه صحَّ لانقطاع ولايتِه عنه.

ومن شرطِه أن يكون المُوالي عاقلاً بالغاً حُرّاً، حتى لا يصحُّ موالاةُ الصبيِّ والعبدِ والمجنونِ، ولو والى الصبيَّ بإذن الأبِ أو الوصيِّ جاز والولاءُ للصبيِّ، وإن والى العبدَ بإذنِ مولاه جاز وكان وكيلاً عن مولاه، ويقع الولاءُ للمَولى، لأن الصبيَّ من أهلِ الولاءِ، والعبدُ لا، لأن حُكم الولاء العقلُ والإرثُ، والعبدُ ليس أهلاً لذٰلك، فيثبُتُ الولاءُ لأقربِ الناس منه وهو المولى.

قال: (**وله أن يَفْسَخَ عَقْدَ الولاءِ بالقولِ والفعلِ**) لأنه عقدٌ غيرُ لازم، لأن الأعلى متبرِّعٌ بالقيام بنُصرتِه وعَقْلِ جنايتِه، والأسفلَ متبرِّعٌ بجعلِه خليفتَه في مالِه، والتبرُّع غيرُ لازم ما لم يحصُلْ به القبضُ أو

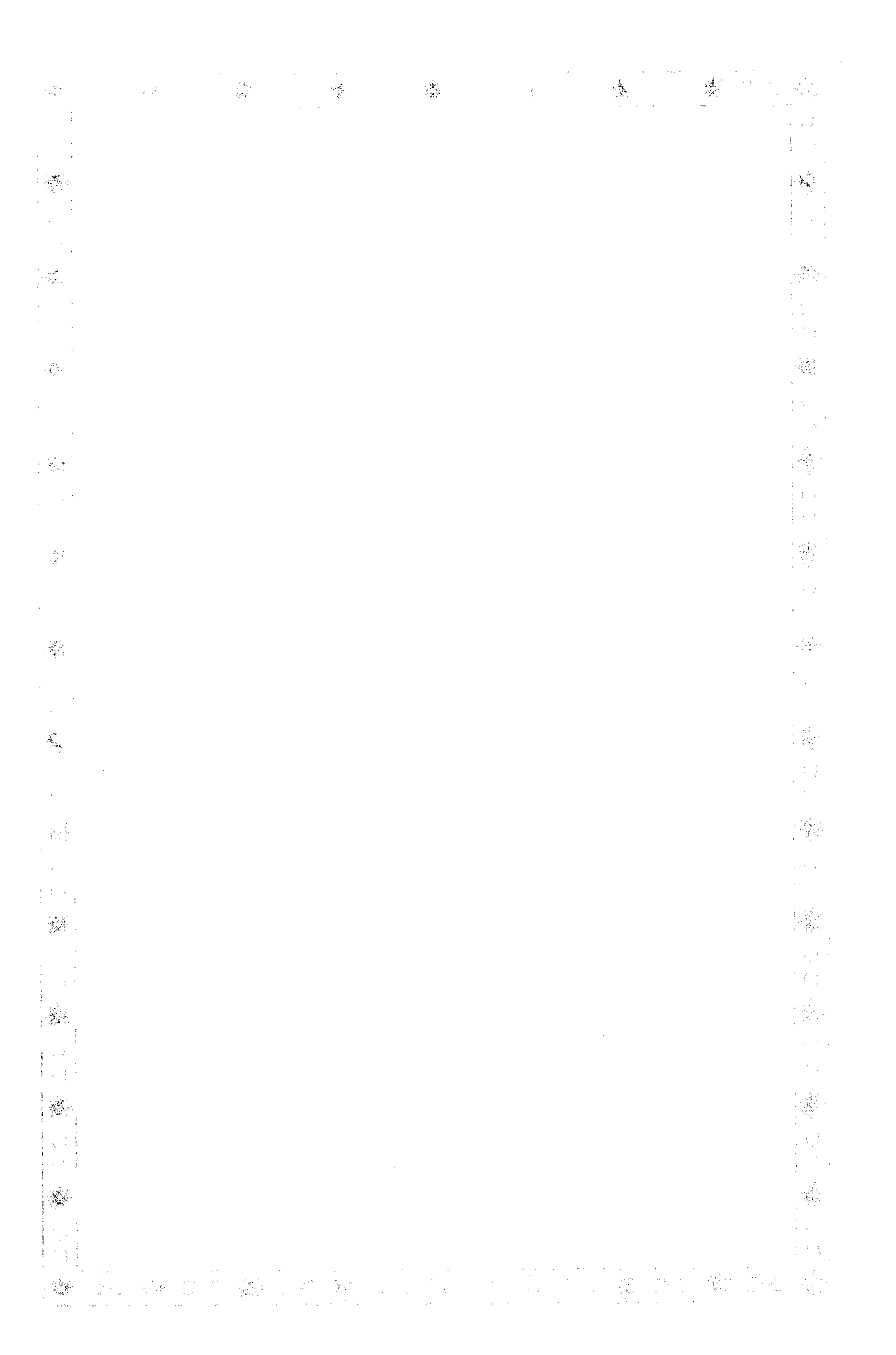
فإن عَقَلَ عنه أو عن ولَدِه ليسَ له ذلكَ. وإذا أسلَمَتِ المرأةُ ووالَتْ أو أقَرَّتْ بالولاءِ وفي يَدِها ابنٌ صغيرٌ تبِعَها (سم) في الولاءِ.

العِوَضُ كالهبة. وله أن يفسَخَ بالقول بحضرةِ الآخَرِ، وبالفعل مع غَيبتِه بأن يُواليَ غيرَه، كعَزْل الوكيل بالقول يُشترط عِلْمُه لأنه عزلٌ قصداً، وبالفِعل لا يُشترط لأنه عزلٌ حُكماً.

قال: (**فإن عَقَلَ عنه أو عن ولَدِه ليسَ له ذلكَ**) لحصول العِوَضِ كالهبة، وكذا إذا كَبِر أحدُ أولادِه، فليس له أن يرجِعَ عنه بعد ما عَقَلَ لما ذكرنا أنه دَخَلَ في عَقْدِه وولائِه.

قال: (**وإذا أسلَمَتِ المرأةُ ووالَتْ أو أقَرَّتْ بالولاءِ وفي يَدِها ابنٌ صغيرٌ تبِعَها في الولاءِ**) وقالا: لا يتبعها لأنه لا ولايةَ لها على مالِه، فعلى نفسِه أولى، وله: أنه بمنزلة النسبِ، وهو نفعٌ محضٌ، فيملكُه عليه، كقَبْضِ الهبةِ.





كتاب الأيمان

....

كتاب الأيمان

وهو جمعُ يمين، واليمينُ في اللغة: القوّةُ، قال تعالى: ﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ﴾ [الحاقة: ٤٥]، أي: بالقوّةِ والقُدرةِ منا، وقيل في قوله تعالى: ﴿إِنَّكُمْ كُنتُمْ تَأْتُونَنَا عَنِ ٱلْيَمِينِ﴾ [الصافات: ٢٨]، أي: تتقوَّون علينا، وقال:

إذا ما رايةٌ رُفِعَتْ لمَجْدٍ   تَلَقَّاها عَرابةُ باليَمينِ[1]

وهي الجارحةُ أيضاً، وهي مُطلَقُ الحَلِفِ بأيِّ شيءٍ كان من غير تخصيص. وقولُه تعالى: ﴿فَرَاغَ عَلَيْهِمْ ضَرْبًا بِٱلْيَمِينِ﴾ [الصافات: ٩٣]، يحتملُ الوجوه الثلاثة: أي: بيدِه اليمنى، أو بقوَّتِه أو بحَلِفِه، وهو قوله: ﴿وَتَٱللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَٰمَكُم﴾ [الأنبياء: ٥٧].

وفي الشرع: نوعان: أحدُهما القَسَمُ، وهو ما يقتضي تعظيمَ المُقْسَم به، فلهٰذا قلنا: لا يجوزُ إلا بالله تعالى، قال عليه السلام: «مَن

---

(١) البيت للشماخ بن ضرار، من قصيدة يمدح فيها عرابة بن أوس الحارثي عدتها أربعة وثلاثون بيتاً، أورد صاحب «الخزانة» ٤/٣٤٨-٣٥٨ مقدار نصفها، وشرحها.

. . . .

كان حالفاً فليحلِفْ بالله أو ليذَرْ»[1]، وفيها المعنى اللغوي، لأن فيها الحَلِفُ، وفيها معنى القوةِ لأنهم يقوُّون كلامَهم ويوثِّقونَه بالقَسَم بالله تعالى، وكانوا إذا تحالَفوا وتعاهدوا يأخذونَ باليَمين التي هي الجارحةُ. الثاني: الشرطُ والجزاء. وهو تعليقُ الجزاءِ بالشرط على وجهٍ ينزلُ الجزاءُ عند وجودِ الشرط، كقوله: إن لم آتِكَ غداً فعبدي حرٌّ، وهٰذا النوعُ ثَبَتَ بالاصطلاح الشرعي، ولم ينقلُ عن أهل اللغة، وفيه معنى القوّةِ والتوثقِ أيضاً، لأن اليمين تُعقَد للحملِ على فعلِ المحلوف عليه، أو للمنعِ عن فعلِه، فإن الإنسانَ يعلمُ كونَ الفعل مصلحةً ولا يفعلُه لنُفور الطَبع عنه. ويَعلم كونَه مفسدةً ولا يمتنعُ عنه لمَيلِه إليه وغَلَبةِ شهوتِه عليه، فاحتاج في تأكيدِ عزمِه على الفِعل أو التركِ إلى اليمين. وكما أن اليمينَ بالله تعالى تحملُه أو تمنعُه، لما يلازمها من الإثم بهَتْكِ الاسم المعظَّم والكفارةِ، فكذٰلك الشرطُ والجزاءُ بحملِه وبمنعِه[2] لما يلازمُه من زوالِ ملكِ النكاح وملكِ الرقبةِ وغيرِ ذٰلك، فيحصلُ المنعُ والحملُ واحدٍ من اليمينين، فألحقناها بها لاشتراكهما في المعنى.

واليمينُ مشروعةٌ في المعاهَدات والخُصومات توكيداً وتوثيقاً للقَول، قال تعالى: ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ ﴾[المائدة: ٨٩]

---

(١) أخرجه من حديث ابن عمر البخاري (٢٦٧٩)، ومسلم (١٦٤٦)، وهو في «المسند» (٤٥٢٣)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٦٠).

(٢) في (م): يحملُه ويمنعُه، والمثبت من (س).

. . . .

وقال عليه السلام: «لا تَحْلِفُوا بآبائكم ولا بالطَّواغيت، مَن كان حالفاً، فليحلِفْ بالله أو لِيَذَرْ»[1].

والأفضلُ أن يقلِّلَ الحَلِفُ بالله تعالى. والحَلِفُ بغير الله تعالى: قيل: يُكره لقوله عليه السلام: «ملعونٌ من حَلَفَ بالطلاق وحَلَّف به»[2]. وقيل: إن أُضيف إلى المستقبَلِ لا يُكره، وإلى الماضي يُكره،

---

(١) أخرج البزار (١٣٤٣ ـ كشف)، والطبراني في «الكبير» (٧٠٣١) من حديث سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تحلفوا بالطواغيت، ولا تحلفوا بآبائكم، واحلفوا بالله» وزاد الطبراني: «فإنه أحب إليه أن تحلفوا به، ولا تحلفوا بشيء من دونه». قال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ١٧٧: وفي إسناد الطبراني مساتير، وإسناد البزار: ضعيف.

وأخرج مسلم (١٦٤٨) من حديث عبد الرحمٰن بن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لاتحلفوا بالطواغي ولا بآبائكم». وهو في «المسند» (٢٠٦٢٤) بلفظ: «لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت» وقال يزيد أحد رواته: «الطواغي». وانظر تمام تخريجه فيه.

وانظر ما سلف تخريجه ص٣٧٦.

(٢) ذكره بهٰذا اللفظ العجلوني في «كشف الخفاء» (٢٣٣٤) ولم يعزه لأحد، وأخرج ابن عدي في ترجمة أشعث بن براز الهجيمي من «الكامل في الضعفاء» ١/ ٣٦٦ عن زكريا الساجي، عن عبد الواحد بن غياث، عن أشعث بن براز، عن الحسن قال: نهى رسول الله ﷺ أن يستحلف مسلم بطلاق أو عتاق. قال ابن عدي: وهٰذا الحديث وإن كان مرسلاً فهو منكر المتن.

وأخرجه ابن النجار كما عند ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣١٥ في ترجمة إبراهيم بن أحمد عن أنس رفعه: «ما حلف بالطلاق مؤمن ولا استحلف بالطلاق إلا منافق».

اليَمِينُ باللهِ تَعَالى ثَلاثةٌ: غَمُوسٌ، وَهِيَ الحَلِفُ عَلى أمْرٍ ماضٍ أوْ حالٍ يَتَعَمَّدُ فِيها الكَذِبَ فَلا كَفّارَةَ فِيها. ولَغْوٌ: وَهِيَ الحَلِفُ عَلى أمْرٍ يَظُنَّهُ كمَا قالَ وَهُوَ بِخِلافِهِ، فنَرْجُو أنْ لا يُؤَاخِذَهُ اللهُ بِهَا. وَمُنْعَقِدَةٌ: وَهِي الحَلِفُ عَلى أمْرٍ في المُسْتَقْبَلِ لِيفْعَلَهُ أوْ يَتْرُكَهُ، ....

وهٰذا أحسنُ، لأنها مستعملَةٌ في العُهود والمواثيق بين المسلمين من غير نكيرٍ. والحديثُ محمولٌ على الإضافةِ إلى الماضي بالإجماع، وهي من أيمان السَّفِلة.

قال: (**اليَمِينُ باللهِ تَعَالى ثَلاثةٌ: غَمُوسٌ: وَهِيَ الحَلِفُ عَلى أمْرٍ ماضٍ أوْ حالٍ يَتَعَمَّدُ فِيها الكَذِبَ، فَلا كَفّارَةَ فِيها. ولَغْوٌ: وَهِيَ الحَلِفُ عَلى أمْرٍ يَظُنَّهُ كمَا قالَ وَهُوَ بِخِلافِهِ، ونَرْجُو أنْ لا يُؤَاخِذَهُ اللهُ بِهَا. وَمُنْعَقِدَةٌ: وَهِي الحَلِفُ عَلى أمْرٍ في المُسْتَقْبَلِ لِيفْعَلَهُ أوْ يَتْرُكَهُ**) فإذا حنَثَ فيها فعليه الكفارةُ.

وبيانُ ذٰلك أن اليمين إما أن تكونَ على الماضي أو على الحالِ أو على المستقبَل، فإن كانت على الماضي أو على الحالِ، فإما أن يتعمَّدَ الكذبَ فيها وهي الأُولى، أو لم يتعمَّدْ وهي الثانية، وإن كانت على المستقبَل فهي الثالثةُ، سواءٌ كان عمداً أو ناسياً مُكرَهاً أو طائعاً على ما نبينُه إن شاء الله تعالى.

أما الغموسُ فليست يميناً حقيقةً، لأن اليمينَ عقدٌ مشروع على ما بينا، وهٰذه كبيرةٌ، فلا تكون مشروعةً، وتسميتُها يميناً مجازٌ لوجود

. . . .

صورةِ اليمين، كما نهى عليه السلام عن بيع الحُرِّ[1]، سمَّاه بيعاً مجازاً. قالوا: وسُمِّيت غَموساً لأنها تَغمِسُ صاحبَها في نار جهنم، ولهٰذا قلنا: لا كفارةَ فيها. واليمينُ على الماضي مثلُ قوله: واللهِ ما فعلتُ كذا، وهو يعلمُ أنه فعَلَه، أو واللهِ لقد فعلتُ كذا، وهو يعلمُ أنه لم يفعلْه. والحالُ: أن يقول: واللهِ ما لهٰذا عليَّ دَينٌ، وهو يعلمُ أن له عليه، فهٰذه اليمينُ لا تنعقدُ ولا كفارةَ فيها، وإنما التوبةُ والاستغفارُ، وأمرُه إلى الله تعالى، قال عليه السلام: «خمسٌ من الكبائر لا كفارةَ فيهنَّ: الشركُ بالله، وعُقوق الوالدَين، وبَهْتُ المسلمِ، والفِرارُ من الزَّحْف، واليمينُ الغَموس»[2]، وقال عليه السلام: «اليمينُ الغَموس

(١) أخرج البخاري (٢٢٢٧)، وأحمد في «مسنده» (٨٦٩٢)، وابن حبان في «صحيحه» (٧٣٣٩) من حديث أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «قال الله: ثلاثةٌ أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حُرّاً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يُعط أجره».

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (٨٧٣٧) من طريق بحير بن سعد، عن خالد ابن معدان، عن المتوكل أو أبي المتوكل، عن أبي هريرة بلفظ: «وخمس ليس لهن كفارة: الشرك بالله، وقتل النفس بغير حق، أو بهت مؤمن، أو الفرار يومَ الزحف، أو يمين صابرة يقتطع بها مالاً بغير حق». وإسناده ضعيف، المتوكل أو أبو المتوكل مختلف في اسمه، وهو مجهول.

وأخرج البخاري (٦٦٧٥) من حديث عبد الله بن عمرو، عن النبي ﷺ قال: «الكبائر: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين الغموس». =

. . . .

تَدَعُ الدِّيارَ بَلاقِعَ»[1]، ولم يذكر فيها الكفارةَ، ولو وَجَبَتْ لذَكَرها

= وأخرج البخاري (٦٨٧١) من حديث أنس عن النبي ﷺ قال: «أكبر الكبائر الإشراك بالله وقتل النفس وعقوق الوالدين وقول الزور، أو قال: وشهادة الزور».

وأخرج أحمد في «مسنده» (١٦٠٤٣)، وابن حبان في «صحيحه» (٥٥٦٣) من حديث عبد الله بن أنيس ولفظه: «إن من أكبر الكبائر الشرك بالله، وعقوق الوالدين، واليمين الغموس، وما حلف حالف بالله يميناً صبراً، فأدخل فيها مثل جناح بعوضة إلا جعله الله نكتة في قلبه إلى يوم القيامة».

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (١٠٩٦) من طريق أبي الدهماء، عن محمد بن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «. . . واليمين الغموس تُذهب المال، وتقل في الرحم، وتذر الديار بلاقع». قال الهيثمي في «المجمع» ٨/ ١٥٢: وفيه أبو الدهماء النصري، وهو ضعيف جداً.

وأخرج القضاعي في «مسند الشهاب» (٢٥٥) من طريق يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع».

وأخرج البيهقي ١٠/ ٣٥ من طريق عبد الله بن يزيد المقرئ، عن أبي حنيفة، عن يحيى بن أبي كثير، عن مجاهد وعكرمة، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس شيء أطيع الله فيه أعجل ثواباً من صلة الرحم، وليس شيء أعجل عقاباً من البغي وقطيعة الرحم، واليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع». وقال البيهقي: كذا رواه عبد الله بن يزيد المقرئ عن أبي حنيفة، وخالفه إبراهيم بن طهمان وعلي بن ظبيان والقاسم بن الحكم، فرووه عن أبي حنيفة، عن ناصح بن عبد الله، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ، وقيل: عن يحيى، عن أبي سلمة، عن أبيه. والحديث مشهور بالإرسال. =

. . . .

تعليماً، أو نقول: لو كان لها كفارةٌ لما وَدَعَتِ الدِّيارَ بَلاقِعَ، لأن الكفارةَ اسمٌ لما يستُرُ الذنبَ، فترفَعُ إثمَه وعقوبتَه، كغيرِها من الذنوب، ولأنها كبيرةٌ بالحديث، والكفارةُ عبادةٌ لأنها تتأدَّى بالصوم، ويُشترط فيها النيةُ، فلا يتعلَّقُ بها، ولأن الله تعالى أوجَبَ الكفارةَ بقوله: ﴿بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ﴾ [المائدة: ٨٩]، والعَقْدُ ما يتُصورَّ فيه الحَلُّ والعَقْدُ، وذٰلك لا يُتصوَّر في الماضي.

وأما اللغو كقوله: واللهِ ما دخلتُ الدارَ، أو ما كلَّمتُ زيداً، يظنُّه كذٰلك وهو بخلافه، ويكونُ في الحالِ أيضاً كقوله: واللهِ إنَّ المُقبلَ لَزيدٌ، فإذا هو عبدُ الله. والأصلُ فيه قولُه تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، وحكى محمدٌ عن أبي حنيفة: أنَّ اللغو ما يجرِي بين الناس من قولهم: لا واللهِ، وبلى والله. وعن عائشةَ مثلُه

= ثم ساقه البيهقي من طريق معمر عن يحيى بن أبي كثير يرويه، قال: ثلاث من كن فيه رأى وبالهن قبل موته ـ فذكرهن وفي آخرهن: «واليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع». وسنده صحيح. ورواية أبي سلمة عن أبيه عند البزار ١/ ١٧٧. قال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ١٧٩: وأبو سلمة لم يسمع من أبيه.

وأخرجه مرسلاً عن مكحول إسحاق بن راهويه في «مسنده» ٤/ ٢٧١، والبيهقي ١٠/ ٣٥-٣٦. وإسناده صحيح.

وقوله: «بلاقع» قال في «النهاية»: البلاقع جمع بَلْقع وبلقعة وهي الأرض القفر التي لا شيء بها، يريد أن الحالف يفتقر ويذهب ما في بيته من الرزق، وقيل: هو أن يُفرِّقَ الله شملَه، ويُغير عليه ما أولاه من نِعَمِه.

. . . .

موقوفاً ومرفوعاً[1]. وعن ابن عباسٍ: هو الحَلِفُ على يمينٍ كاذبةٍ وهو يرى أنه صادق[2]، فإن قيل: كيف يقول محمد بن الحسن: نرجو أن لا يؤاخذَه الله بها، والله سبحانه وتعالى نَفَى المؤاخذَةَ قطعاً؟فالجواب من وجهين: أحدُهما: أن العلماءَ اختَلَفوا في تفسير اللغو، فقال محمد: نرجو أن لا يؤاخِذَ الله تعالى باليمين على الوجه الذي فسَّره، لاحتمال أنها غيرُه. والثاني: أن الرجاءَ على وجهين: رجاءُ طَمَعٍ، ورجاءُ تواضُعٍ، فجاز أن محمداً ذكر ذٰلك على سبيل التواضُع. وروى ابن رُسْتُم عن محمد: لا يكون اللغو إلا في اليمين بالله. وقد عبَّر عنه الكرخيُّ فقال: ما كان المحلوفُ به هو الذي يلزمُه بالحِنْث، فلا لغو فيه، وذٰلك لأن مَن حلف بالله على أمرٍ يظنُّه كما قال وليس كذٰلك لَغَا المحلوفُ عليه، وبقي قولُه: والله، فلا يلزمُه شيءٌ، واليمين بغير الله تعالى يلغو المحلوفُ عليه ويبقى قوله: امرأته طالقٌ، أو عبدُه حرٌّ، أو عليه الحَجُّ، فيلزمُه.

---

(١) أخرجه مرفوعاً أبو داود (٣٢٥٤)، وابن حبان في «صحيحه» (٤٣٣٣) من طريق إبراهيم الصائغ، عن عطاء في اللغو في اليمين قال: قالت عائشة: إن رسول الله ﷺ قال: «هو كلام الرجل في بيته: كلا والله وبلى والله». وسنده حسن.

وأخرجه موقوفاً البخاري (٤٦١٣) عن علي بن سلمة، عن مالك بن سعيد، عن هشام، عن أبيه، عن عائشة: أنزلت هٰذه الآية ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ في قول الرجل: لا والله، وبلى والله.

(٢) ذكره ابن قطلوبغا ص٣١٥ ولم يخرجه.

وهي أنواعٌ: منها ما يجِبُ فيه البِرُّ كَفِعلِ الفرائِضِ ومَنْعِ المعاصِي، ونوعٌ يجبُ فيه الحِنْثُ كفِعْلِ المعاصِي وتَرْكِ الواجِباتِ، ونوعٌ الحِنْثُ فيه خيرٌ من البِرّ كهِجْرانِ المُسلِمِ ونحوِه، ونوعٌ هما على السَّواءِ، فحِفْظُ اليمينِ فيها أولى.

(و) أما المنعقِدةُ (فأنواعٌ: منها ما يجِبُ فيه البِرُّ كَفِعلِ الفرائِضِ ومَنْعِ المعاصِي) لأن ذٰلك فرضٌ عليه، فيتأكدُ باليمين.

(ونوعٌ يجبُ فيه الحِنْثُ، كفِعْلِ المعاصِي وتَرْكِ الواجِباتِ) قال عليه السلام: «مَن حَلَفَ أن يُطيع الله فليُطِعْه، ومَن حَلَفَ أن يَعصِيَه فلا يَعصِه»[1].

(ونوعٌ الحِنْثُ فيه خيرٌ من البِرّ كهِجْرانِ المُسلِمِ ونحوِه) قال عليه السلام: «من حَلَفَ على يمينٍ ورأى غيرَها خيراً منها، فليأتِ التي هي خيرٌ وليكفِّرْ عن يمينِه»[2]، ولأن الحِنْثَ ينجبِرُ بالكفارةِ، ولا جابرَ للمعصيةِ.

(ونوعٌ هما على السَّواءِ، فحِفْظُ اليمينِ فيها أولى) قال تعالى: ﴿وَٱحْفَظُوٓاْ أَيْمَٰنَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، أي: عن الحِنْثِ.

---

(١) هٰذا اللفظ بيض له ابن قطلوبغا ص٣١٦.
وروي بلفظ «نذر» بدل «حلف»، وسيأتي ص٤٤٥.

(٢) أخرجه من حديث أبي هريرة مسلم (١٦٥٠)، وهو في «المسند» (٨٧٣٤)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٤٩) بلفظ: «من حلف على يمين، فرأى خيراً منها، فليكفر عن يمينه، وليفعل الذي هو خير».
وفي الباب عن غير واحد من الصحابة ذكرناها في «المسند» عند حديث عبد الله بن عمرو برقم (٦٧٣٦) و(٦٩٠٧).

وإذا حَنِثَ فعليه الكفَّارةُ: إن شاءَ أعتَقَ رَقَبةً، وإن شاءَ أطعَمَ عَشْرَةَ مساكينَ أو كَساهُمْ، فإن لم يَجِدْ صامَ ثَلاثَةَ أيَّامٍ مُتتابِعاتٍ.

قال: (وإذا حَنِثَ) يعني في الأيمان المستقبَلَة (فعليه الكفَّارةُ) لقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المائدة: ٨٩].

قال: (إن شاءَ أعتَقَ رَقَبةً، وإن شاءَ أطعَمَ عَشْرَةَ مساكينَ أو كَساهُمْ، فإن لم يَجِدْ صامَ ثَلاثَةَ أيَّامٍ مُتتابِعاتٍ) قال تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: ٨٩]، خيَّر، فيكونُ الواجبُ أحدَها، ثم قال: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾ [المائدة: ٨٩]. قرأ ابنُ مسعود «ثلاثةِ أيامٍ متتابعاتٍ»[1] وقراءتُه مشهورةٌ، فكانت كالخَبَر المشهور. والكلامُ في الرقبةِ والطعامِ والتفصيل في ذٰلك مرّ في الظِّهار. وأما الكِسوةُ فهو اسمٌ لما يُكتَسى به، والمقصودُ منها رَدُّ العُرْي، وكلُّ ثوبٍ يصيرُ به مكتسياً كِسوةً، وإلا فلا، فإذا اختار الحانثُ الكِسوةَ كسا عَشْرةَ مساكينَ كلَّ مسكينٍ ما ينطلقُ عليه اسمُ الكِسوةِ. وروي عن أبي حنيفةَ وأبي يوسف: أن أدناه ما يَستُرُ عامةَ بَدَنِه، فلا يجوزُ السراويلُ لأن لابَسه يسمَّى عُرْياناً عُرفاً. وعن محمد: أدناه ما تجوزُ فيه الصلاةُ، فلا يجوزُ

---

(١) انظر «مصنف عبد الرزاق» ٨/ ٥١٣ وما بعدها، و «سنن سعيد بن منصور» قسم التفسير ٤/ ١٥٦٤ و١٥٦٥ و١٥٦٢، و«تفسير الطبري» (١٢٤٩٩-١٢٥٠٧)، وقال ابن كثير في «تفسيره» ٣/ ١٧٧: وهٰذه ـ أي القراءة ـ إذا لم يثبت كونها قرآناً متواتراً، فلا أقل من أن يكون خبرَ واحد، أو تفسيراً من الصحابي، وهو في حكم المرفوع.

الخُفُّ ولا القَلَنْسُوةُ لأن لابسَهما لا يسمَّى مكتسياً، ولهٰذا لا تجوزُ فيها الصلاةُ. وقيل: لكلِّ مسكينٍ إزارٌ ورِداءٌ وقميصٌ، وقيل: كِساءٌ، وقيل مِلْحَفَةٌ، وقيل: يجوزُ الإزارُ إن كان يُتوشَّحُ به، وإن كان يَستُرَ عورتَه دون البَدَن لا يجوزُ كالسراويل، وعلى قول محمد يجوزُ لأنه يجوزُ فيه الصلاة. وعن أبي حنيفة في العِمامةِ: إن كانت سابغةً قَدْرَ الإزارِ السابغِ أو ما يُقطَعُ منه قميصٌ يجوز وإلا فلا.

وما لا يُجزِئه في الكِسوةِ يُجزِئه عن الإطعام باعتبار القيمة إذا نواه.

ولا تتأدَّى الكفارةُ إلا بفعلٍ يُزيل ملكَه عن العين، ليكون زاجراً ورادعاً له، فيتحقَّقُ معنى العقوبةِ، فلا بدَّ فيه من التمليك، ولو أعارَه لا يجوزُ لأنه لا يزولُ ملكُه عن العين، بخلافِ الطعام حيثُ يجوزُ فيه الإباحةُ، لأن ملكَه يزولُ عن الطعام بالإباحةِ كما يزول بالتمليكِ.

ولو كفَّر عنه غيرُه بأمرِه جاز، وبغيرِ أمرِه لا يجوزُ كما في الزكاة، لأنها عبادةٌ أو عقوبةٌ، فلا بدَّ من الإتيانِ بنفسِه أو نائبِه، وذٰلك بالإذن لينتقلَ فعلُه إليه.

قال: (**ولا يجُوزُ التَّكفيرُ قَبْلَ الحِنْثِ**) لقوله عليه السلام: «من حَلَفَ على يمينٍ ورأى غيرَها خيراً منها فليأتِ التي هي خيرٌ وليكفِّرْ عن يمينه»[1] وروي: «ثم ليكفِّر يمينهِ»[2]، أمرٌ، وأنه يقتضي الوجوبَ،

---

(١) صحيح وقد سلف في الصفحة ٣٨٣.

(٢) أخرجه بهٰذا الحرف قاسم بن ثابت في «الدلائل» كما ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣١٦.

والقاصِدُ والمُكْرَه والنَّاسِي في اليمِينِ سواءٌ.

ولا وجوبَ قبل الحِنْثِ، أو نقول: إذا حَنِثَ يجبُ عليه أن يكفِّر بالآمِرِ، ولأن الكفارةَ ساترةٌ والسترُ يعتمدُ ذنباً أو جنايةً ولم يوجد قبل الحِنْثِ، لأن الجنايةَ هي الحنثُ لما يتعلَّقُ به من هَتْكِ حُرمةِ اسم الله تعالى، واليمينُ مانعةٌ من ذٰلك فلا تكون سبباً مفضياً إلى الحِنْثِ، بخلاف ما إذا كفَّر بعدَ الجُرحِ قبل زُهوق الرُّوح، لأن الجُرحَ سببٌ مُفْضٍ إلى الزُّهوق غالباً، وبخلافِ ما إذا أدَّى الزكاةَ بعدَ النصاب قبلَ الحَول، لأن السببَ المالُ.

قال: **(والقاصِدُ والمُكْرَه والنَّاسِي في اليمِينِ سواءٌ)** قال عليه السلام: «ثلاثٌ جِدُّهنَّ جِدٌّ وهَزلُهنّ جِدٌّ: الطلاقُ والنكاحُ والأيمان»[١]، وعن عمر رضي الله عنه: أربعةٌ لا رِدِّيدَى فيهن، وعدَّ منها الأيمان[٢].

---

(١) قال ابن قطلوبغا ص٣١٦: قال المخرجون: لم نجده هٰكذا، وإنما أخرجه أصحاب السنن إلا النسائي بلفظ «الرجعة» بدل «الأيمان»، وحسنه الترمذي وصححه الحاكم. قلنا: والحديث مر في ص١٤٩ وخرجناه هناك، فانظره.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٥/ ١٠٥ عن أبي معاوية، عن حجاج، عن سليمان ابن سحيم، عن سعيد بن المسيب، عن عمر قال: أربع جائزة في كل حال: العتق والطلاق والنكاح والنذر.

وأخرجه عبد الرزاق (١٠٢٤٨) عن إبراهيم بن عمر، عن عبد الكريم أبي أمية، عن جعدة بن هبيرة: أن عمر بن الخطاب قال: ثلاث اللاعب فيهن والجاد سواء: الطلاق والصدقة والعتاقة.

واللفظ الذي ذكره المصنف بيض له ابن قطلوبغا، ولم نقف عليه.

فصل

وحُرُوف القَسَمِ: الواوُ، والباءُ، والتَّاءُ. . . . .

وروي أن المشركين استَحلَفوا حذيفةَ وأباه أن لا يُعينا رسولَ الله ﷺ، فقيل لرسولِ الله، فقال: «يَفِي لهم بعَهدِهم ونُستعينُ الله عليهم»(١) فحَكَم بصحَّةِ اليمين مع الإكراه، والكلامُ في الإكراه مضى في بابِه، ولأن شرطَ الحِنْثُ هو الفعلُ، ووجودُ الفعل حقيقةً لا يَعدِمُه الإكراه والنسيانُ.

ولا يصحُّ يمينُ الصبيِّ والمجنونِ والنائمِ لما مرّ في الطلاق.

فصل

(**وحُرُوف القَسَمِ: الواوُ، والباءُ، والتَّاءُ**) هو المعهودُ المتوارَث، وقد وَرَدَ بها القرآن، قال تعالى: ﴿وَٱللَّهِ رَبِّنَا﴾ [الأنعام: ٢٣]، وقال: ﴿يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦٢]، وقال: ﴿تَٱللَّهِ لَقَدْ أَرْسَلْنَآ﴾ [النحل: ٦٣]، ولله يمينٌ أيضاً، لأن اللام تُبدَلُ من الباء، قال تعالى: ﴿ءَامَنتُم بِهِۦ﴾ [الأعراف: ١٢٣]، و﴿ءَامَنتُمْ لَهُۥ﴾ [طه: ٧١]، والأصلُ فيه أن حرف

---

(١) أخرجه من حديث حذيفة مسلم (١٧٨٧)، وهو في «المسند» (٢٣٣٥٤) ولفظه: ـ يقول حذيفة ـ: ما منعني أن أشهد بدراً إلا أني خرجت أنا وأبي حُسَيل، قال: فأخذنا كفار قريش، قالوا: إنكم تريدون محمداً؟ فقلنا: ما نريده، ما نريد إلا المدينة، فأخذوا منا عهد الله وميثاقه لننصرفن إلى المدينة ولا نقاتل معه، فأتينا رسول الله ﷺ، فأخبرناه الخبر، فقال: «انصرفا، نفي لهم بعهدهم، ونستعين الله عليهم».

وتُضْمَرُ الحروفُ فتقولُ: اللهِ لا أفعَلُ كذا. . . . .

الباء للإلصاقِ وَضْعاً، والواو بدلٌ عنه فإنه للجَمْع، وفي الإلصاق معنى الجَمْع، والتاءُ بَدَلٌ من الواو، كقولهم: تُراث، وتُجاه. فلما كانت الباءُ أصلاً صَلَحَتْ للقَسَم في اسم الله وسائرِ الأسماء، وفي الكنايةِ كقولهم: بكَ لأفعلنَّ كذا. وكونُ الواو بدلاً عنها نَقَصَتْ عنها، فصَلَحَتْ في الأسماء الصريحةِ دون الكنايةِ. وكونُ التاء بَدَلَ البدلِ اختُصَّتْ باسمِ الله وحدَه، ولم تصلُحْ في غيرِه من الأسماء ولا في الكنايةِ.

قال: (**وتُضْمَرُ الحروفُ فتقولُ: اللهِ لا أفعَلُ كذا**) ثم قد يُنصَبُ لنزع الخافض، وقد يُخفَضُ دِلالةً عليه، وهو خلافٌ بين البصريين والكوفيين. والنبيُّ عليه السلام حلَّف الذي طلَّق امرأته البتةَ: «آللهِ ما أردتَ بالبتةِ إلا واحدةً؟»[1] والحذفُ من عادةِ العرب تخفيفاً.

والحلِفُ في الإثبات أن يقول: واللهِ لقد فعلتُ كذا، أو واللهِ لأفعلنَّ كذا، مقروناً بالتأكيد وهو اللامُ والنون، حتى لو قال: واللهِ لأفعلُ كذا اليومَ، فلم يفعلْه لا تلزمُه الكفارةُ، لأن الحَلِفَ في الإثبات لا يكونُ إلا بحرف التأكيدِ لغةً. أما في النفي يقول: واللهِ لا أفعلُ كذا، واللهِ ما فعلتُ كذا.

---

(١) أخرجه من حديث يزيد بن ركانة أبو داود (٢٢٠٨)، وابن ماجه (٢٠٥١) والترمذي (١١٧٧)، وهو في «المسند» (٢٤٠٠٩/ ٩١ و٩٢)، و«صحيح ابن حبان» (٢٢٧٤). وهو حديث محتمل للتحسين. وقد بسطنا الكلام عليه فيهما.
وانظر حديث ابن عباس في «المسند» (٢٣٨٧).

واليمينُ باللهِ تعالى وبأسمائِه.

ولا يَحتاجُ إلى نِيَّةٍ إلاَّ فيما يُسَمَّى به غيرُه كالحكيمِ والعَليمِ، وبِصفاتِ ذاتِه: كعِزَّةِ الله وجلالِه، إلاَّ وعِلْمِ اللهِ، فلا يكونُ يَمِيناً، وكذٰلكَ ورَحمةِ اللهِ وسَخَطِه وغَضَبِه.

قال: (**واليمينُ باللهِ تعالى وبأسمائِه**) لأنه يجبُ تعظيمُه، ولا يجوزُ هَتْكُ حرمةِ اسمِه أصلاً، ولأنه متعاهَدٌ متعارَفٌ، والأيمانُ مبنيةٌ على العُرف، فما تعارفَ الناسُ الحِلفَ به يكون يميناً، وما لا فلا، لأن قصدَهم نيتُهم تنصرفُ إلى الحقيقةِ العرفيةِ، كما ينصرفُ عند عدم العُرف إلى الحقيقةِ اللغوية، لأن الحقيقةَ العُرفيةَ قاضيةٌ على اللغوية لسَبْقِ الفهم إليها.

قال: (**ولا يَحتاجُ إلى نِيَّةٍ إلاَّ فيما يُسَمَّى به غيرُه كالحكيمِ والعَليمِ**) فيحتاج إلى النيةِ، وقيل: لا يحتاجُ في جميع أسمائِه ويكون حالفاً، لأن الحَلِفَ بغير الله تعالى لا يجوز، والظاهرُ أنه قَصَدَ يميناً صحيحةً فيُحمل عليه فيكون حالفاً، إلا أن ينويَ الله تعالى لأنه نوى محتَمَلَ كلامِه. وعن محمد: وأمانةِ الله يمينٌ، فلما سُئل عن معناه قال: لا أدري. كأنه وَجَدَ العربَ يحلِفون بذٰلك عادةً فجعله يميناً. وعن أبي يوسف: ليس بيمينٍ لاحتمال أنه أرادَ الفرائضَ، ذكره الطحاوي.

قال: (**وبصفاتِ ذاتِه: كعِزَّةِ الله وجلالِه، إلاَّ وعِلْمِ اللهِ، فلا يكونُ يَمِيناً، وكذٰلكَ ورَحمةِ اللهِ وسَخَطِه وغَضَبِه**) ليس بيمين.

. . . .

اعلم أن الصفاتِ ضربان: صفاتُ الذات، وصفاتُ الفِعل، والفرقُ بينهما أن كلَّ ما يُوصَفُ به الله تعالى، ولا يجوزُ أن يوصَفَ بضدِّه فهو من صفاتِ ذاتِه، كالقُدرةِ والعزَّةِ والعِلم والعظمةِ، وكلَّ ما يجوزُ أن يوصَفَ به وبضدِّه فهو من صفاتِ الفِعل كالرحمةِ والرأفةِ والسَّخَطِ والغضبِ. فما كان من صفاتِ الذاتِ إذا حَلَفَ به يكون يميناً، إلا وعِلْمِ الله، لأن صفاتِ الله تعالى قديمةٌ كذاتِه، فما تعارَفَ الناسُ الحَلِفَ به صار ملحَقاً بالاسم والذاتِ، فيكون يميناً وإلا فلا، وعِلْمِ الله ليس بمتعارَفٍ، حتى قال عامةُ المشايخ: لا يكون يميناً وإن نواه لعدم التعارُفِ، وعند بعضهم: يكون يميناً كغيرِها من الصفات، ولأن صفاتِ الذات لما لم يكن لها معنىً غيرَ الذات كان ذِكرُها كذِكر الذات، فكان قولُه: وقدرةِ الله كقوله: واللهِ القادرِ، وهو القياسُ في العِلم، لأنه من صفاتِ الذات، إلا أنه جَرَتِ العادةُ أن العلمَ يُذكَرُ ويرادُ به المعلوم، ومعلومُ الله تعالى غيرُه. قال النَّسَفي: وهٰذا لا يستقيمُ على مذهب أهلِ الحقِّ، والصحيحُ أن كلَّها صفاتُ الله تعالى أزليةٌ قائمةٌ بذاته، والحَلِفُ بها حَلِفٌ بالله، والفرقُ الصحيحُ ما قاله محمد: إن هٰذه الأشياء يرادُ بها غيرَ الصفةِ، فلهٰذا لم يَصِرْ به حالفاً بالشكِّ، فالرحمةُ تُذكَرُ ويُرادُ بها المطرُ والنعمةُ، ويرادُ بها الجنة، قال تعالى: ﴿فَفِي رَحْمَةِ ٱللَّهِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٧]، والسَّخَطُ والغضبُ يُراد بهما ما يقعُ من العذاب في النار، والرِّضا يرادُ به ما يقعُ من الثوابِ في الجنةِ، فصار حالفاً بغير الله من هٰذا الوجه.

والحلفُ بغيرِ الله تعالى ليسَ بيَمينٍ، كالنَّبِيِّ والقرآنِ والكعبةِ، والبراءَةُ منه يَمِينٌ. . . . .

قال: (والحلفُ بغيرِ الله تعالى ليسَ بيَمينٍ، كالنَّبِيِّ والقرآنِ والكعبةِ، والبراءَةُ منه يَمِينٌ) والأصل في هٰذا أن الحَلِفَ بغير الله تعالى لا يجوزُ لما روينا، وروي أنه عليه السلام سمعَ عمرَ يحلِفُ بأبيه فقال: «إن الله ينهاكم أن تحلِفُوا بآبائِكم، مَن كان حالفاً فليحلِفْ بالله أو فليصْمُتْ»[1]، وروي: «مَن حَلَفَ بغير الله فقد أشرَكَ»[2]، ولأن الحَلِفَ تعظيمُ المحلوف به، ولا يستحقُّه إلا اللهُ تعالى، وإذا لم يجُز الحَلِفُ بغير الله تعالى لا يلزمُه به كفارةٌ، لأنه ليس بيمينٍ، ولم يهتِكْ حرمةَ منعِ مَن هتكها على التأبيد، ويدخل في ذٰلك ما ذكرنا، أما النبيُّ والكعبةُ فظاهر، وأما القرآنُ فهو المجموعُ المكتوبُ في المُصحَفِ بالعربيةِ، لأنه من القُرْءِ وهو الجمعُ، وأنه يقتضي الضَّمَّ والتركيبَ، وذٰلك من صفات الحَدَث، فيكون غيرَ الله تعالى وغيرَ صفاتِه، لأن صفاتِه قائمةٌ بذاتِه أزليةٌ كهو، حتى لو حَلَفَ بكلام الله كان يميناً، لأن كلامَه صفةٌ قائمةٌ بذاتِه لا يوصَفُ بشيءٍ من اللغات، لأن

---

(١) أخرجه البخاري (٦١٠٨)، ومسلم (١٦٤٦)، وهو في «المسند» (٤٥٢٣)، و(٤٥٩٣)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٥٩).

وانظر ما سلف تخريجه ٢/ ٢٨١، وص٣٧٧ من هذا الجزء.

(٢) حديث صحيح، أخرجه من حديث ابن عمر أبو داود (٣٢٥١)، والترمذي (١٥٣٥)، وهو في «المسند» (٤٩٠٤) و(٦٠٧٢)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٥٨).

. . . .

اللغاتِ كلَّها محدَثَةٌ مخلوقةٌ أو اصطلاحية على الاختلاف، فلا يجوزُ أن تكون قديمةً، بل هي عبارةٌ عن القديمِ الذي هو كلامُ الله تعالى، هٰذا مذهب أهلِ السنةِ والجماعةِ[1] من أصحابنا، وكذٰلك: ودينِ اللهِ، وطاعةِ الله وشرائعِه وأنبيائِه وملائكتِه وعرشِه وحدودِه والصلاةِ والصومِ والحجِّ والبيتِ والكعبةِ والصفا والمروةِ والحجرِ الأسودِ والقبرِ والمنبرِ، لأن جميعَ ذٰلك غيرُ الله تعالى، قال عليه السلام: «لا تحلِفوا بآبائِكم ولا بالطواغيتِ ولا بحدٍّ من حدودِ الله، ولا تحلِفُوا إلا بالله»[2]. قال أبو حنيفةَ: لا يُحلَفُ إلا بالله متجرِّداً بالتوحيدِ والإخلاص.

وأما البراءةُ من ذٰلك فيمينٌ، كقوله: إن فعلتُ كذا فأنا بريءٌ من القرآن أو من الكعبةِ أو من هٰذه القِبلةِ أو من النبيِّ، لأن البراءةَ من هٰذه الأشياء كفرٌ. وكذا إذا قال: أنا بريءٌ مما في المُصحفِ أو من صوم رمضانَ أو من الصلاةِ أو من الحجِّ، وأصلُه أن كلَّ ما يكون اعتقادُه كفراً ولا تُحِلُّه الشريعةُ ففيه الكفَّارة إذا حَنِثَ، لأن الكفرَ لا تجوزُ استباحتُه على التأبيد لحقِّ الله تعالى، فصار كحُرمةِ اسمِه، ومن هٰذا: أنا أعبدُ الصليبَ، أو أعبدُ مِن دون الله إن فعلتُ كذا. ولو قال: الطالبُ الغالبُ إن فعلتُ كذا، فهو يمينٌ للعُرف.

---

(١) قوله: «والجماعة» لم يرد في (س)، وأثبتناه من (م) فقط.

(٢) سلف تخريجه ص٣٧٧.

وحَقِّ اللهِ ليسَ بيمِينٍ، والحَقِّ يَمِينٌ. ولو قال: إن فعَلْتُ كذا فعليه لَعْنَةُ الله، أو هو زانٍ، أو شارِبُ خمرٍ فليسَ بيَمِينٍ. ولو قال: هو يهوديٌّ أو نصرانيٌّ فهو يَمِينٌ. . . . .

قال: (**وحَقِّ اللهِ ليسَ بيمِينٍ**) وروي عن أبي يوسف أنه يمينٌ، لأن الحقَّ من صفات الله تعالى وهو حقيقةٌ، كأنه قال: واللهِ الحقِّ، ولأن الحَلِفَ به معتادٌ وهو المختارُ اعتباراً للعُرف، ولهما ما روي أن رسولَ الله ﷺ سُئل عن حقِّ الله تعالى على عبادِه؟ فقال: «أن تعبدوه ولا تُشركوا به شيئاً»[1] فصار كقوله: والطاعاتِ والعباداتِ، ولو قال كذلك ليس بيمينٍ.

قال: (**والحَقِّ يَمِينٌ**) لأنه من أسماءِ الله تعالى، ولو قال: حقاً، لا يكون يميناً لأنه يرادُ به تأكيدُ الكلام وتحقيقُ الوعد. وقال الطحاوي: حقاً، كقوله: واجباً عليَّ، فهو يمينٌ.

قال: (**ولو قال: إن فعَلْتُ كذا فعليه لَعْنَةُ الله، أو هو زانٍ، أو شارِبُ خمرٍ: فليسَ بيَمِينٍ**) وكذلك غَضَبُ الله عليه وسَخَطُه، لأنه غيرُ متعارَفٍ في الأيمان.

(**ولو قال: هو يهوديٌّ أو نصرانيٌّ فهو يَمِينٌ**) لقول ابن عباس: من حَلَفَ باليهوديةِ والنصرانيةِ فهو يمينٌ[2]، ولأنه لمَّا جَعَلَ الشرطَ دليلاً

---

(١) قطعة من حديث معاذ بن جبل، أخرجه البخاري (٢٨٥٦)، ومسلم (٣٠)، وهو في «المسند» (٢١٩٩١)، و«صحيح ابن حبان» (٢١٠).

(٢) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣١٧ وبيض له، ولم نقف عليه، بل جاء ما يخالفه، فأخرج البيهقي ١٠/ ٣٠ عن الوليد بن مسلم=

ولو قال: لَعَمْرُ اللهِ، أو وَايْمُ اللهِ، أو وعَهْدِ اللهِ، أو ومِيثاقِه، أو عَليَّ نَذْرٌ، أو نَذْرُ اللهِ، فهو يَمِينٌ . . . .

على الكفرِ فقد اعتَقَدَ الشرطَ واجبَ الامتناع، وقد أمكنَ جعلَه واجباً لغيرِه بجعلِه يميناً كما قلنا في تحريم الحلال، ولو قال ذٰلك لشيءٍ فعَلَه فهو غموسٌ، ثم قيل: لا يكفُر اعتباراً بالمستقبل، وقيل: يكفُرُ كأنه قال: هو يهوديٌّ، إذ التعليقُ بالماضي باطل؛ والصحيح أنه إن عَلِمَ أنه يمينٌ لا يكفُر فيهما، وإن كان يعتقدُ أنه يكفُر بالحِنث يكفُر فيهما، لأنه لما أقدم على الحنث فقد رضي بالكُفر، وعلى هٰذا: هو مجوسيٌّ أو كافرٌ ونحوه.

قال: (**ولو قال: لَعَمْرُ اللهِ، أو وَايْمُ اللهِ، أو وعَهْدِ اللهِ، أو ومِيثاقِه، أو عَليَّ نَذْرٌ، أو نَذْرُ اللهِ، فهو يَمِينٌ**) أما عَمْرُ الله فهو بقاءُ الله، والبقاءُ من صفات الله، ولأن الله تعالى أقسَمَ به فقال: ﴿لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِى سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ﴾ [الحجر: ٧٢]. وأما وايمُ الله، فمعناه: أيمَنُ الله، وهو جمع يمينٍ، وأنه متعارَفٌ. وأما عهدُ الله فلقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ﴾ [النحل: ٩١]، ثم قال: ﴿وَلَا تَنقُضُواْ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [النحل: ٩١]، سمَّى العهدَ يميناً. والميثاقُ: هو العهدُ عُرفاً. والنذرُ يمينٌ، قال عليه السلام: «النذرُ يمينٌ، وكفارتُه كفارةُ يمينٍ»[1]، وقال عليه السلام:

= قال: قال سعيد: كان قتادة والحسن يقولان: ليس عليه كفارة، يعني من حلف باليهودية أو النصرانية ثم حنث.

(١) أخرج مسلم (١٦٤٥)، وأحمد في «مسنده» (١٧٣٠١) عن عقبة بن عامر، عن النبي ﷺ قال: «كفارة النذر كفارة اليمين». وانظر ما بعده.

. . . .

«من نَذَر نذراً وسمَّاه فعليه الوفاءُ به، ومن نَذَرَ ولم يسمِّ فعليه كفارةُ يمينٍ»[1].

---

(١) أخرج أبو داود (٣٣٢٢) عن جعفر بن مسافر التنيسي، عن ابن أبي فديك، قال: حدثني طلحة بن يحيى الأنصاري، عن عبد الله بن سعيد بن أبي هند، عن بكير بن عبد الله بن الأشج، عن كريب، عن ابن عباس: أن رسول الله ﷺ قال: «من نذر نذراً لم يسمه، فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذراً في معصية، فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذراً لا يُطيقه، فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذراً أطاقه، فليَفِ به». ورجاله ثقات، وحَسَّن إسناده ابن حجر في «التلخيص» ٤/ ١٧٦.

وقال أبو داود بإثره: روى هٰذا الحديث وكيع وغيره عن عبد الله بن سعيد بن أبي هند، أوقفوه على ابن عباس.

وأخرج ابن ماجه (٢١٢٨) عن هشام بن عمار، قال: حدثنا عبد الملك بن محمد الصنعاني، قال: حدثنا خارجة بن مصعب، عن بكير، بإسناد سابقه. وخارجة متروك الحديث.

وأخرج الترمذي (١٥٢٨) عن أحمد بن منيع، عن أبي بكر بن عياش، قال: حدثني محمد مولى المغيرة بن شعبة، عن كعب بن علقمة، عن أبي الخير، عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين» قال أبو عيسى: هٰذا حديث حسن صحيح غريب.

وانظر ما قبله.

وأخرج ابن ماجه (٢١٢٧) عن علي بن محمد، عن وكيع، عن إسماعيل بن رافع، عن خالد بن يزيد، عن عقبة بن عامر الجهني، قال: قال رسول الله ﷺ: «من نذر نذراً ولم يسمه، فكفارته كفارة يمين». وإسماعيل ضعيف.

ولو قال: أحلِفُ، أو أُقْسِمُ، أو أشهَدُ، أو زادَ فيها ذِكْرَ الله تعالىٰ فهو يمِينٌ.

قال: (**ولو قال: أحلِفُ، أو أُقْسِمُ، أو أشهَدُ، أو زادَ فيها ذِكْرَ الله تعالى، فهو يمِينٌ**) وكذا قولُه: أعزِمُ، أو أعزِمُ بالله، أو عَليَّ يمينٌ، أو يمينُ الله، وعن محمد: إذا قال: أعزِمُ، بالله لا أعرفُه عن أبي حنيفة. وقال زفر: أحلِفُ وأقسِمُ وأشهدُ لا يكون يميناً إلا أن يذكرَ اسمَ الله تعالى، لأنه احتملَ الحَلفَ والقسَمَ بالله، ويحتملُ بغيرِه، فلا يكون يميناً بالشكِّ. ولنا قوله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ لَكُمْ لِتَرْضَوْا عَنْهُمْ﴾ [التوبة: ٩٦]، وقال: ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: ١]، ثم قال: ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ٢]، وقال: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ﴿١٧﴾ وَلَا يَسْتَثْنُونَ﴾ [القلم: ١٧-١٨]. قال محمد: لا يكون الاستثناءُ إلا في اليمين، ولأن حذفَ بعضِ الكلام جائزٌ عند العرب تخفيفاً، ولأن ذٰلك كالمعلوم، لأن الحلِفَ لا يكون إلا بالله فكأنهم ذكروه. وأما أعزِمُ أو أعزِمُ بالله، فالعزمُ: هو الإيجاب، قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، والإيجاب هو اليمين. وقول محمد: لا أعرفُه عن أبي حنيفة، فقد رواه عنه الحسن. وأما عَليَّ يمينٌ، أو يمينُ الله، فلأنه تصريحٌ بإيجاب اليمين عليه، واليمينُ لا يكون إلا بالله، وهو معتادٌ عند العرب. قال:

فقالت يمينَ اللهِ ما لَكَ حيلةٌ[1]

---

(١) صدر بيت لامرئ القيس من معلقته، وعجزه:
وما إنْ أرى عنك الغوايةَ تنجلي
وهو في «ديوانه» ص٢٩.

ووجه الله يمينٌ، رواه ابن سَمَاعةَ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، لأنه يُذْكَرُ ويرادُ به الذات، قال تعالى: ﴿وَيَبْقَىٰ وَجْهُ رَبِّكَ﴾ [الرحمٰن: ٢٧]، وقال: ﴿كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُۥ﴾ [القصص: ٨٨]، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس بيمينٍ لعدم العُرف بذٰلك، ولأنه يُذْكَرُ ويُراد به غيرُ الله تعالى، يقال: فَعَلَه ابتغاءَ وجه الله تعالى، أي: ثوابه، فلا يكون يميناً بالشَّكِّ. وروى ابنُ شُجاع عن أبي حنيفة: أنها من أيمان السَّفِلة: يعني أنهم يقصدون الجارحةَ، فيكون يميناً بغيرِ الله تعالى.

قال: (**ومَن حَرَّمَ على نَفسِه ما يَملِكُه فإن استبَاحَه أو شيئاً منه لَزِمَتْه الكَفَّارةُ**) وذٰلك مثلُ قوله: مالي عليَّ حرامٌ، أو ثوبي، أو جاريتي فلانةُ، أو ركوبُ هٰذه الدابةِ ونحوه، قال عليه السلام: «تحريمُ الحلال يمينٌ، وكفارتُه كفارةُ يمينٍ»[1]، ولأنه أخبَرَ عن حرمتِه عليه، فقد مَنَعَ

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣١٨ وبيض له. ولم نقف عليه بهٰذا اللفظ.

وإنما هو من قول ابن عباس، فقد أخرج مسلم (١٤٧٣) (١٨) عن ابن عباس أنه كان يقول في الحرام: يمين يكفرها. وقال ابن عباس: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِى رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: ٢١].

وأخرج (١٤٧٣) (١٩) أن سعيد بن جبير أخبره، أنه سمع ابن عباس قال: إذا حَرَّم الرجل عليه امرأته، فهي يمين يكفرها، وقال: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِى رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾.

وهو في «المسند» (١٩٧٦). وانظر تمام تخريجه فيه.

ولو قال: **كُلُّ حَلالٍ عليَّ حَرامٌ فهو على الطَّعامِ والشَّرابِ إلاَّ أن يَنويَ غيرَهما.** . . . .

نفسَه عنه وأمكَنَ جعلَه حراماً لغيرِه بإثبات موجَبِ اليمين، لأن اليمين أيضاً يمنعُه عنه، فيُجعل كذٰلك تحرُّزاً عن إلغاء كلامِه، وهٰذا أولى من الحُرمة المؤبَّدة، لأن له نظيراً في الشرع وهو أرفقُ، ثم الحرمةُ تتناول الكلَّ جزءاً جزءاً، فأيَّ جزء استباحَ منه حَنِثَ، كقوله: لا أشربُ الماء، ولو وَهَبَه أو تصدَّق به لا حِنْثَ عليه، لأن المرادَ بالتحريم حرمةُ الاستمتاع عُرفاً، لا حرمةُ الصدقةِ والهبةِ.

(**ولو قال: كُلُّ حَلالٍ عليَّ حَرامٌ فهو على الطَّعامِ والشَّرابِ إلاَّ أن يَنويَ غيرَهما**) وقال زفر: يحنِثُ كما[1] فَرَغَ لأنه باشَرَ فعلاً حلالاً وهو التنفسُ. ولنا: أن المقصودَ البِرُّ، ولا يحصلُ على اعتبارُ العُموم، فيسقط العمومُ فينصرفُ إلى الطعامِ والشرابِ، لأنه مستعمَلٌ فيما يُتناول عادةً، ولو نوى امرأتَه دخلتْ مع المأكولِ والمشروبِ وصار مُؤلياً، وإن نَوى امرأتَه وحدَها صُدِّق، ولا يحنِثُ بالاكلِ والشربِ. قال مشايخنا: هٰذا في عُرفهم، أما في عُرفنا يكون طلاقاً عُرفاً، ويقع بغيرِ نيةٍ لأنهم تعارَفوه، فصار كالصَّريح، وعليه الفتوى.

ولو قال: مالُ فلانٍ عليَّ حرامٌ، فأكلَه أو أنفقَه حَنِثَ إلا أن ينويَ أنه لا يحِلُّ لي لأنه حرامٌ، فلا حِنْثَ عليه.

---

(١) «كما» هنا بمعنى «متى».

ومَن حَلَفَ حالةَ الكُفرِ لا كَفَّارةَ في حِنْثِهِ. ومَن قال: إن شاءَ الله، مُتَّصِلاً بيَمِينِه فلا حِنْثَ عليه.

ولو حَلَفَ لا يرتكبُ حراماً، فهو على الزنا، وإن كان مجبوباً فعلى القُبلة الحرامِ وأشباهِها.

ولو حلفَ لا يطأُ حراماً، فوطئ امرأتَه حالةَ الحيض والظِّهار لم يحنِثْ إلا أن ينويَـه، لأن الحُرمة لعارِضٍ لا أن الوطءَ حرامٌ في نفسِه.

قال: (**ومَن حَلَفَ حالةَ الكُفْرِ لا كَفَّارةَ في حِنْثِهِ**) لأن الكافرَ ليس بأهلٍ لليمين، لأنها تعظيمُ الله تعالى، ولا تعظيمَ مع الكفر، وليس أهلاً للكفارة لأنها عبادةٌ، حتى تتأدَّى بالصومِ وليس من أهلها، وتبطلُ اليمينُ بالرِّدَّة، فلو أسلَمَ بعدَها لا يلزمُه حُكمها لأن الرِّدَّة تُبطل الأعمال[1].

قال: (**ومَن قال: إن شاءَ الله، مُتَّصِلاً بيَمِينِه فلا حِنْثَ عليه**) وقد مرَّ في الطلاق، ولا بدَّ من الاتصال، لأن بالسكوتِ يتمُّ الكلام، فالاستثناءُ بعدَه يكون رجوعاً، ولا رجوعَ في اليمين.

---

(١) زاد هنا في هامش (س) مشاراً عليه بعلامة الصحة: ومَن نَذَرَ مطلقاً فعليه الوفاءُ به، وكذٰلك إن علقه بشرط فوُجد. وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يجزئه كفارةُ يمين، إذا كان شرطاً لا يريد كونَه. وهٰذه العبارة لم ترد في (م) ولا في أصل (س).

فصل

حلَفَ لا يَخرُجُ، فأَمَرَ رَجُلاً فأخرَجَه حَنِثَ، وإن أخرَجَه مُكْرَهاً لا يَحنَثُ . . . .

فصل

الخروجُ: هو الانفصالُ من الداخل إلى الخارج. والدخولُ: الانفصالُ من الخارج إلى الداخل، فعلى أيِّ وصفٍ وُجد كان خروجاً، سواءٌ كان راكباً أو ماشياً، من الباب أو من السطح، أو من ثَقْبٍ في الحائط أو تسوَّر الحائطَ، إلا أن يقول: من بابِ الدارِ، فلا يحنِثُ إلا بالخروج من الباب.

قال: (**حَلَفَ لا يَخرُجُ، فأَمَرَ رَجُلاً فأخرَجَه حَنِثَ**) لأن الفعل مضافٌ إليه بالأمر، كما إذا ركبَ دابةً فخرجت به. (**وإن أخرَجَه مُكْرَهاً لا يَحنَثُ**) لعدم إضافةِ الفِعل إليه، لعدم الأمرِ، وهو مُخْرَجٌ وليس بخارِجٍ. وقيل: إن قَدَرَ على الامتناعِ حَنِثَ عند محمد، لأنه لما لم يمتنِع مع القُدرة صارَ كأنه فَعَلَ الدخولَ، كركوب الدابة. وعن أبي يوسف أنه لا يحنَثُ، وهو الصحيح، لأنه ليس بداخلٍ. وروى محمدٌ عن أبي يوسف: لو حمَلَه برِضاه لا بأمرِه لا يحنَثُ، لأنه ليس بفاعلٍ للدخول، واليمينُ منعقدةٌ على الفِعل دون الرضاء والإرادةِ، أو نقول: الفعلُ إنما يُضاف إليه بأمرِه. وقيل: يحنَثُ.

والحَلِفُ على الدخول على هٰذه الوجوه.

حلَفَ لا يَخرُجُ إلاَّ إلى جِنازَةٍ، فخَرَجَ إليها ثُمَّ أتى حاجةً أخرى لم يحنَثْ. حَلَفَ لا يَخرُجُ إلى مَكَّةَ فخَرَجَ يُريدُها ثُمَّ رَجَعَ حَنِثَ. وكذٰلكَ الذَّهاب في الأَصَحّ، وفي الإتْيانِ لا يَحنَثُ حتى يَدخلَها. . . . .

(حَلَفَ لا يَخرُجُ إلاَّ إلى جِنازَةٍ، فخَرَجَ إليها ثُمَّ أتى حاجةً أُخرى[1] لم يَحنَثْ) لأنه لم يوجدِ الخروجُ لغير ما حَلَفَ عليه، وإنما خَرَجَ إلى الجِنازة وأنه مستثنى من اليمين، والإتيانُ بعدَ ذٰلك ليس بخروج.

(حَلَفَ لا يَخرُجُ إلى مَكَّةَ فخَرَجَ يُريدُها ثُمَّ رَجَعَ حَنِثَ) لوجود الخُروج قاصداً إليها.

قال: (وكذٰلكَ الذَّهاب في الأَصَحّ) لأنه عبارةٌ عن الانتقالِ والذهابِ من موضِعه، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنكُمُ ٱلرِّجْسَ أَهْلَ ٱلْبَيْتِ﴾ [الأحزاب: ٣٣]، أي: يزيلُه عنكم، فأشبَهَ الخروج.

(وفي الإتْيانِ لا يَحنَثُ حتى يَدخلَها) لأن الإتيانَ: الوصولُ، قال تعالى: ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ﴾ [الشعراء: ١٦]، والمراد: الوصولُ إليه، ويقال في العُرف: خرجتُ إلى بلدِ كذا ولم آتِه، أي: قصدتُه بالخُروج ولم أصلْ إليه. والذَّهابُ كالخروج في الاستعمال أيضاً. حَلَفَ لا يخرجُ من هٰذا البيت فأخرَجَ يدَيه وقَدَميه وهو قاعدٌ لم يحنَثْ لأنه لا يسمَّى خارجاً. ولو كان مستلقياً على ظهرِه أو بطنِه أو على جَنْبه يحنثُ بخروج أكثرِ جسدِه إقامةً للأكثر مقامَ الكلّ. وعن أبي يوسف فيمن

---

(١) لفظة: «أخرى» لم ترد في (س)، وأثبتناها من (م).

حَلَفَ لا تَدخُلُ امرأتُه إلاَّ بإذنِه فلا بُدَّ من الإذْن في كُلّ مَرَّة، . . . .

حلَفَ لا يخرُجُ من دارِ كذا، فهو على الخروج ببدَنِه. ولو قال: من هٰذه الدارِ فهو على النُّقْلة ببدنِه وأهلِه، هٰذا هو العُرف.

ولو حَلَفَ على امرأته أن لا تخرُجُ في غير حقٍّ، فهو ما يَعُدُّه الناسُ حقّاً في استعمالهم دونَ الواجبِ، كجَنازة الوالدَين وذوي الأرحامِ وأعراسِهم وعيادتِهم ونحوه. وعن أبي يوسف: حَلَفَ لا تخرجُ إلا إلى أهلِها، فأبواها لا غير، فإن عُدِما فكلُّ ذي رحمٍ مَحْرَمٍ منها، وأمُّها المطلَّقةُ أهلُها، فإن كان أبوها متزوِّجاً بغيرِ أمِّها، وأمُّها كذٰلك، فأهلُها منزلُ أبيها لا منزلُ أمها. حَلَفَ لا يخرجُ إلى بغدادَ، فخرج من بيتِه لا يحنَثُ ما لم يجاوزِ العِمرانَ قاصداً بغدادَ، بخلاف الخُروج إلى الجِنازةِ حيثُ يحنَثُ بنفسِ الخروج، لأن الخروجَ إلى بغدادَ سفرٌ، ولا سفرَ حتى يجاوزَ العِمران، ولا كذٰلك الخروجُ إلى الجَنازةِ.

(**حَلَفَ لا تَدخُلُ امرأتُه إلاَّ بإذنِه، فلا بُدَّ من الإذْن في كُلّ مَرَّة**) لأن النهيَ يتناولُ عمومَ الدخَلات[1] إلا دخلةً مقرونةً بإذنِه، فصار كقوله: إلا راكبةً، وإلا منتقبةً، فإنه يُشترط ذٰلك في كلِّ مرّةٍ، كذا هٰذا، ولو نوى الإذنَ مرّةً صُدِّقَ لأنه محتمَلُ كلامِه. وعن أبي يوسفَ: أنه لا يصدَّقُ قضاءً، لأنه خلافُ الظاهر. وكذٰلك اليمينُ على الخروج، ولو قال: قد أذِنتُ لك بالخُروج كلَّما أردتُ، فخرَجَتْ مرّةً بعدَ أخرى لا يحنَثُ، وإن نهاها بعدَ ذٰلك فخرجت حَنِثَ.

---

(١) تحرفت في (س) إلى: الداخلات، والمثبت من (م).

ولو قال: إلاَّ أن آذَنَ لكِ يَكفِيهِ إِذْنٌ واحدٌ. حَلَفَ لا يَدخُلُ هٰذِه الدَّارَ فصارَتْ صَحراءَ ودَخَلَها حَنِثَ، ولو قال: داراً لم يَحنَثْ، وفي البَيتِ لا يَحنَثُ في الوَجهَينِ. . . . .

(**ولو قال: إلاَّ أن آذَنَ لكِ يَكفِيهِ إِذْنٌ واحدٌ**) وكذٰلك حتىٰ آذَنَ لكِ، لأنه جَعَلَ الإذنَ غايةً ليمينِه، لأنها كلمةُ الغايةِ، فانتهت اليمينُ لوجود الغاية. ولو أذِنَ لها وهي نائمةٌ صحَّ، كما لو كانت صَمَّاءَ، وقيل: لا يصحُّ لعدم حصولِ العِلم. ولو أذِنَ لها ولم تعلم فدخَلَتْ حَنِثَ. وقال أبو يوسف: لا يحنَثُ لأن الإذنَ إطلاقٌ، وإنه يتمُّ بالإذن كالرضاء. ولهما: أن الإذنَ هو الإعلامُ ولم يوجد، لأنه لا يتحقَّقُ الإعلامُ بدون العلمِ والإفهامِ، بخلاف الرضاء فيما إذا قال: إلا برضاي، ثم قال: رضيتُ، ولم تَسمع، لأن الرضاء إزالةُ الكراهةِ وأنه يتحققُ بدونِ السماعِ والعلمِ، لأنه فعلُ القلب. ولو قال: إلا بأمري، فأمَرَها ولم تسمَعْ فدخلتْ حَنِثَ بالإجماع، لأن الأمرَ إلزامُ المأمور، فلا بدَّ من السماعِ، كأوامر الشرع. حَلَفَ لا تخرجُ بغيرِ علمِه، فخرجتْ وهو يراها فلم يمنَعْها لم يحنَثْ، فإن أذِنَ لها بالخُروج فخرجتْ بغير علمِه: قال محمد: لا يحنَثُ لأنه لما أذن لها فقد عَلِمَ أنها تخرُج، فكان الخروج بعلمِه.

قال: (**حَلَفَ لا يَدخُلُ هٰذِه الدَّارَ، فصارَتْ صَحراءَ ودَخَلَها حَنِثَ، ولو قال: داراً لم يَحنَثْ، وفي البَيتِ لا يَحنَثُ في الوَجهَينِ**) لأن الدار اسمٌ للعَرْصةِ حقيقةً وعرفاً، والبناءُ صفةٌ فيها، لأن قِوام الدار البناءُ بالعَرْصةِ، ولهٰذا ينطلقُ اسمُ الدار عليها بعدَ ذَهاب البناءِ، وفي أشعار

حلَفَ لا يَدخُلُ بيتاً لم يَحنَثْ بالكَعبةِ والمسجِدِ والبِيعَةِ والكَنِيسةِ. حَلَفَ لا يَدخُلُ هٰذِه الدَّارَ فقام على سَطْحِها حَنِثَ، . . . .

العربِ في نَدْبهم الدورَ الدارسةَ أقوى شاهد، غيرَ أن الوصفَ معتبرٌ في الغائب وهو المُنكَّر لغوٌ في الحاضر، لحصول التعريفِ بالإشارةِ على ما عُرف، وأما البيتُ فهو اسمٌ لما يُبات فيه، والعَرْصةُ إنما تصيرُ صالحةً للبيتوتةِ بالبناءِ وأنه لا يبقى بعدَ زوالِه، حتى قالوا: لو خَرِب السقفُ وبقيت الحِيطان يحنَثُ لإمكان البيتوتةِ فيه، ولو بُني البيتُ بعدما انهدَم لم يحنَثْ بدخولِه، وفي الدار يحنثُ لزوال اسم البيت بعدَ الانهدامِ وبقاءِ اسمِ الدار على ما بينا، ولو جُعِلت الدارُ بُستاناً أو حمَّاماً أو مسجداً أو بيتاً فدخَلَه لم يحنَثْ لتبدُّل الاسمِ والصفةِ باعتراض اسمٍ آخرَ وصفةٍ أخرى، وكذا لو صارت بحراً أو نهراً، وكذا لو بُنيت داراً أخرى بعدَ البستان والحمَّام لا يحنَثُ لما بينا.

قال: (**حلفَ لا يَدخُلُ بيتاً، لم يَحنَثْ بالكَعبةِ والمسجِدِ والبِيعَةِ والكَنِيسةِ**) لعدم إطلاق اسمِ البيت عليها عُرفاً، ولما بينا أنه اسمٌ لما يُبات فيه وأُعِدَّ للبيتوتة، وهٰذا المعنى معدومٌ فيها. حلفَ لا يدخلُ دارَ فلان وهما في سفر، فهو على الخَيمةِ والفُسطاطِ والقُبَّةِ في كلِّ منزلٍ، فإن نوى أحدَ هٰذه الأشياءَ صُدِّق ديانةً لا قضاءً.

قال: (**حَلَفَ لا يَدخُلُ هٰذِه الدَّارَ، فقام على سَطْحِها حَنِثَ**) لأنه من الدارِ، كسطح المسجدِ في حقِّ المعتكِفِ، وكلُّ موضعٍ إذا أُغلق البابُ لا يمكنُه الخروجُ فهو من الدار.

ولو دَخَلَ دِهْلِيزَها إن كان لو أُغلِقَ البابُ كان داخِلاً حَنِثَ وإلاَّ فلا، ولو كانَ في الدَّارِ لم يَحنَثْ بالقُعُودِ.

(ولو دَخَلَ دِهْلِيزَها إن كان لو أُغلِقَ البابُ كان داخِلاً حَنِثَ) لأنه من الدار (وإلاَّ فلا) لأنه ليسَ من الدار. ولو أدخلَ إحدى رِجليه دونَ الأخرى، إن استَوَى الجانبان أو كان الجانب الخارجُ أسفلَ لا يحنَثُ، وإن كان الجانبُ الداخلُ أسفلَ حَنِثَ، لأن اعتمادَ جميع بدنِه يكون على رجلِه الداخلةِ، فيكون داخلاً.

(ولو كانَ في الدَّارِ لم يَحنَثْ بالقُعُودِ) لأنه لم يوجد منه الدخولُ على ما ذكرنا بعدَ اليمين. حلفَ لا يدخلُ بيتَ فلانٍ، ولا نيةَ له، فدخل بيتاً هو ساكنُه حَنِثَ، سواءٌ كان مُلْكَه أو لم يكن، لأنه يضافُ إليه عُرفاً، بخلافِ ما إذا حَلَفَ لا يركبُ دابة فلانٍ أو لا يستخدمُ عبدَه، حيث لا يحنَثُ بالعبدِ والدابةِ المستأجَرين، فإنه لا يضاف إليه عادةً. ولو دخلَ داراً هي ملكُ فلانٍ يسكنُها غيرُه، في رواية: لا يحنَثُ لأن الإضافةَ بالسُّكنى، وعن محمد أنه يحنَثُ لأنها مضافةٌ إلى المالِكِ بمِلْكِ الرقبةِ، وإلى المستأجَرِ بملكِ المنفعةِ، وكلاهما حقيقةٌ. حلفَ لا يدخلُ دارَ فلان، فدخلَ داراً مشتَرَكةً بينَه وبين فلانٍ، وفلانٌ ساكنُها لا يحنَثُ. وإن حلفَ لا يزرعُ أرضَه، فزرَعَ أرضاً مشترَكةً حَنِثَ، لأن كلَّ جزءٍ من الأرض أرضٌ، وليس بعضُ الدار داراً تسميةً وعُرفاً. حَلَفَ لا يدخلُ دارَ فلانةٍ، فدخل دارَها وزوجُها يسكنُها لا يحنَثُ، لأن الدارَ تُنسَبُ إلى الساكن. حلفَ لا يدخلُ دارَ فلان، وله دارٌ يسكنُها

فصل

حَلَفَ لا يَلْبَسُ هٰذا الثَّوبَ وهو لابِسُه فنَزَعَه لِلحالِ لم يَحنَثْ، وإن لَبِثَ ساعةً حَنِثَ، وكذٰلكَ رُكوبُ الدَّابَّةِ وسُكْنَى الدَّار. حَلَفَ لا يَسكُنُ هٰذِه الدَّارَ فلا بُدَّ من خُرُوجِه بأهلِه ومَتاعِه أجْمَعَ.

ودارُ غَلَّةٍ، فدخل دارَ الغَلَّةِ لا يحنَثُ. حلفَ لا يدخلُ داراً فدخل بستاناً في تلك الدار، إن كان متصلاً بها لم يحنَثْ، وإن كان في وسطِها حَنِثَ.

فصل

(حَلَفَ لا يَلْبَسُ هٰذا الثَّوبَ وهو لابِسُه فنَزَعَه لِلحالِ لم يَحنَثْ، وإن لَبِثَ ساعةً حَنِثَ، وكذٰلكَ رُكوبُ الدَّابَّةِ وسُكْنَى الدَّار) وقال زفر: يحنَثُ في الوجهين لوجود المحلوفِ عليه وإن قلَّ. ولنا: أن زمان تحقُّقِ البرِّ مستثنى، لأن اليميـنَ تعقَدُ للبرِّ، بخلافِ ما إذا لبثَ على تلكِ الحالةِ، لأنه يسمَّى لابساً وراكباً وساكناً، فيتحقَّقُ الشرطُ فيحنَثُ.

(حَلَفَ لا يَسكُنُ هٰذِه الدَّارَ فلا بُدَّ من خُرُوجِه بأهلِه ومَتاعِه أجْمَعَ) لأن السُّكنى: الكونُ في المكانِ على طريق الاستقرار، حتى إنَّ مَن جَلَسَ في مسجدٍ أو خانٍ أو باتَ فيهما لا يُعدُّ ساكناً، والسُّكنى على وجه الاستقرارِ إنما تكونُ بالأهلِ والمتاعِ والأثاثِ، فإن الرجلَ يُعدُّ ساكناً في الدار باعتبارِ أهلِه، يقال: فلان يسكُنُ في مَحَلَّةِ كذا، وسِكَّةِ كذا، ودارِ كذا، وأكثرُ نهارِه في السوق، فمهما بقيَ في الدارِ شيءٌ من

. . . .

ذٰلك فالسُّكنى باقية، لأن السُّكنى تثبتُ بجميع ذٰلك، فلا تنتفي إلا بنفي الكُلِّ، حتى قال أبو حنيفةَ رضي الله عنه: لو بقي وَتِدٌ حنَثَ لما قلنا، وعنه: لو بقي ما لا يُعتدُّ به كالمِكْنَسَةِ والوَتِدِ لم يحنَثْ لانتفاء اسمِ السكنى بذٰلك. وأبو يوسف اعتبَرَ الأكثرَ إقامةً له مقامَ الكلِّ، ولأنه قد يتعذَّرُ نقل الكُلِّ. ومحمدٌ اعتبَرَ نقلَ ما لا بدَّ منه في البيت من آلاتِ الاستعمال دونَ ما لا حاجةَ إليه في الاستعمال، وقد استحسنوا ذٰلك لأنه أرفَقُ بالناس. ولو كان غنياً فأخَذَ في نقلِ الأمتعةِ من حينِ حَلَفَ حتى بقي على ذٰلك شهراً لم يحنَثْ، هٰكذا روي عن محمد، وكذٰلك لو كان في طَلَبِ مسكنٍ آخرَ أياماً حتى وجده لم يحنَثْ إذ لم يتركِ الطلبَ في هٰذه الأيام، وينبغي أن ينتقلَ إلى منزلٍ آخرَ بلا تأخيرٍ، ولو انتقل إلى السِّكَّة أو إلى المسجدِ قيل: يَبرُّ كما في منزلٍ آخرَ، وقيل: يحنَثُ لأنه لما لم يتخذ وَطَناً آخرَ بقي وطنُه الأوّل كالمسافِر إذا خرج بعيالِه من مِصرِه، فما لم يتخذْ وطناً آخرَ حتى مرَّ بمِصرِه أتمَّ الصلاة، لأن وطنَه لم يتغير، كذا هٰذا. وذكر أبو الليث: لو انتقلَ إلى السكَّةِ وسلَّمَ الدار إلى صاحبِها، أو آجرَها وسلَّمها برَّ في يمينِه وإن لم يتخذْ داراً أخرى، لأنه لم يبقَ ساكناً. ولو حلفَ لا يسكنُ في هٰذا المِصرِ، فانتقل بنفسِه وترَكَ أهلَه ومتاعَه لم يحنَثْ، لأن الرجلَ يكون أهلُه في مصرٍ وهو ساكنٌ في مصرٍ آخرَ. والقريةُ بمنزلةِ الدار، والمختارُ أنها بمنزلة المصر.

قال له: اجلسِ فتَغَدَّ عِندي، فقال: إن تَغَدَّيتُ فعَبدِي حُرٌّ، فرَجَعَ وتَغَدَّى في بيتِه لم يَحنَثْ. ولو أرادَتِ الخُرُوجَ فقال لها: إن خَرَجتِ فأنتِ طالِق، فجَلَسَتْ ثُمَّ خرَجَتْ لم تَطلُقْ. . . . .

(**قال له: اجلسِ فتَغَدَّ عِندي، فقال: إن تَغَدَّيتُ فعَبدِي حُرٌّ، فرَجَعَ وتَغَدَّى في بيتِه لم يَحنَثْ. ولو أرادَتِ الخُرُوجَ فقال لها: إن خَرَجتِ فأنتِ طالِق، فجَلَسَتْ ثُمَّ خرَجَتْ لم تَطلُقْ**) وكذا لو أرادَ ضربَ عبدِه فقال له آخرُ: إن ضربته فعبدي حرٌّ، فتركه ثم ضربَه لم يعتقْ، وهٰذه تسمَّى يمينُ الفَور، وأوّلُ من أظهرَها أبو حنيفةَ رضي الله عنه، ووجهُه: أن المقصودَ هو الامتناعُ عن الغَداءِ المدعوِّ إليه، وهو الغداءُ عنده، لأن الجواب يطابقُ السؤال، وكذٰلك قصدُه منعُها عن الخروج الذي همَّتْ به والضربِ الذي همَّ به، وبذٰلك يشهد العرفُ والعادةُ. وعن محمد: لو قال: إن ضربتَني فلم أضربْكَ، أو إن لقيتُك فلم أسلِّم عليك، أو إن كلَّمْتَني فلم أجبْكَ، أو إن استعرتُ دابَّتَك فلم تُعِرْني، أو إن دخلتُ الدار فلم أقعدْ، أو إن ركبتُ دابتَك فلم أعطِكَ دابتي، فهو على الفورِ اعتباراً للعُرف، وهٰكذا الحُكم في نظائرِه.

ولو أرادَ أن يجامع امراتَه فلم تطاوِعْه فقال: إن لم تدخلي معي البيتَ فأنتِ طالقٌ، فدخلتْ بعدما سكَنَتْ شهوتُه طَلَقَتْ، لأن مقصودَه الدخولُ لقضاءِ الشهوةِ وقد فات، فصار شرطُ الحِنْثِ عدمَ الدخول لقضاء الشهوةِ، وقد وُجد.

ومَن حَلَفَ لا يَركَبُ دابَّة فُلانٍ فرَكِبَ دابَّةَ عبدِه المأذُونِ لم يَحنَثْ مَديُوناً كان أو غيرَ مَديُونٍ.

قال: (**ومَن حَلَفَ لا يَركَبُ دابَّة فُلانٍ فرَكِبَ دابَّةَ عبدِه المأذُونِ لم يَحنَثْ مَديُوناً كان أو غيرَ مَديُونٍ**) عند أبي حنيفة، أما إذا كان مستغرِقاً بالديون، فلأن عبدَه لا مِلْكَ للمولى فيه على ما عُرف في بابِه، وأما إذا لم يكن مستغرقاً أو لم يكن عليه دَينٌ فإن المِلْكَ وإن كان للمولى فإنه يُضافُ إلى العبدِ، فلا يحنَثُ إلا أن ينويَه، لاختلاف الإضافةِ إلى المولى. وقال أبو يوسف: يحنَثُ في جميع ذٰلك إذا نواه. وعند محمد: يحنثُ بدون النيةِ، لأن الملكَ عندهما للمولى وإن كان مديوناً، إلا أن أبا يوسف يقول: الإضافةُ إلى المَولى اختلَّت، فاحتاج إلى النيةِ.

حلفَ لا يأكلُ من كسبِ فلانٍ فهو ما لَه صنعٌ في اكتسابِه، وذٰلك فيما مَلَكَه بفعلِه، كالقَبول في العُقود كالبيعِ والشراءِ والإجارةِ والهبةِ والصدقةِ والوصيةِ ونحوها وأخذِ المباحات. فأما الميراثُ فيدخلُ في مُلْكِه بغير فعلِه، فلا يكون كَسْبَه، ولو مات المحلوفُ عليه وانتقل كسبُه إلى وارثِه فأكلَه الحالفُ حَنِثَ لأنه كسبُه ولم يعترض عليه كسبٌ، ولو انتقل إلى غيرِه بغيرِ الميراث لم يحنَثْ لأنه صار كسبَ الثاني. وكذٰلك لو قال: لا آكلُ مما تملكُ أو مما ملكْتَ أو من مُلْكِكَ، فإذا خرج من ملْكِ المحلوفِ عليه إلى ملكِ غيرِه فأكَل منه الحالفُ لم يحنَثْ، لأن الملكَ إذا تجدَّد على عينٍ بطلتِ الإضافةُ الأولى وصارَ

حَلَفَ لا يَتَكَلَّمُ فقرأ القُرآنَ أو سَبَّحَ أو هلَّلَ لم يَحنَثْ. حَلَفَ لا يُكَلِّمُه شَهراً فَمِنْ حِينِ حَلَفَ. حَلَفَ لا يُكَلِّمُه فكَلَّمَه بحَيثُ يَسمَعُ إلا أنَّه نائِمٌ حَنِثَ،

ملكاً للثاني. وكذا لو حلفَ لا يأكلُ من ميراثِ فلانٍ فماتَ فأكلَ من ميراثِه حَنِثَ، وإن مات وارثُه فانتقل إلى وارثِه لم يحنَثْ، لأن الميراثَ الآخرَ نَسَخَ الميراثَ الأوّل، فبَطَلَتِ الإضافةُ إلى الأوّل.

قال: (**حَلَفَ لا يَتَكَلَّمُ، فقَرأ القُرآنَ أو سَبَّحَ أو هلَّلَ لم يَحنَثْ**) لأن مبنَى الأيمان على العُرف، يقال: ما تكلَّم وإنما قرأ أو سَبَّحَ، والقياسُ أن يحنَثَ فيهما لأنه كلامٌ، لأن الكلام ما ينافي الخَرَسَ والسُّكوت، وجوابُه ما قلنا. وقيل: لا يحنَثُ في الصلاةِ ويحنثُ خارجَها، لأن الكلامَ في الصلاة مفسِدٌ فلم يُجعَلْ كلاماً ضرورةً، ولا ضرورةَ خارجَ الصلاة. قال أبو الليث: إن حَلَفَ بالعربيةِ فكذٰلك، وإن حَلَفَ بالفارسيةِ لا يحنَثُ فيهما، لأنه لا يسمَّى متكلِّماً.

قال: (**حَلَفَ لا يُكَلِّمُه شَهراً فَمِنْ حِينِ حَلَفَ**) لأنه لو لم يذكر الشهرَ تأبَّدتِ اليمينُ، فلمَّا ذَكَرَ الشهرَ خرج ما وراءَه عن اليمينِ وبقي الشهرُ، وكذٰلك الإجارةُ، بخلافِ الصومِ لأنه لو لم يذكرِ الشهرَ لا يتأبدُ، فكان التعيين إليه.

(**حَلَفَ لا يُكَلِّمُه فكَلَّمَه بحَيثُ يَسمَعُ إلا أنَّه نائِمٌ حَنِثَ**) وكذا لو كان أصمَّ، لأنه كلَّمه ووصل إلى سَمْعِه، وعَدَمُ فهمِه لنومِه وصَمَمِه، فصار كما إذا كان متغافِلاً أو مجنوناً. وفي رواية: اشترَط أن يوقظَه، لأنه إذا أيقظَه فقد أسمَعَه. ولو ناداه من حيثُ لا يُسمَعُ في مثله الصوتُ

ولو كَلَّمَ غيرَه وقَصَدَ أن يَسمَعَ لم يَحنَثْ، ولو سَلَّم على جماعةٍ هو فيهم حَنِثَ، وإن نَواهُمْ لم يَحنَثْ. . . . .

لا يحنَثُ، وكذلك إن كان بعيداً لو أصغَى إليه لا يَسمَعُ لا يحنَثُ، لأن المكالمة عبارةٌ عن الإسماع، إلا أنه باطنٌ فأقيم السببُ المفضِي إلى السَّماع مقامَه، وهو ما لو أصغَى إليه سَمِع. ولو دخلَ داراً ليس فيها غيرُ المحلوفِ عليه فقال: مَن وضع هٰذا؟ أو من أين هٰذا؟ حنِثَ لأنه كلامٌ له بطريق الاستفهام. ولو قال: ليتَ شعري مَن وضع هٰذا؟ لا يحنَثُ لأنه مخاطِبٌ لنفسِه. ولو كان في الدار آخرُ لا يحنَثُ في المسألتين.

(**ولو كَلَّمَ غَيرَه وقَصَدَ أن يَسمَعَ لم يَحنَثْ**) لأنه لم يكلِّمْه حقيقةً.

(**ولو سَلَّم على جماعةٍ هو فيهم حَنِثَ**) لأن السلام كلامٌ للجميع.

(**وإن نَواهُمْ لم يَحنَثْ**) ديانةً لعدم القصدِ، ولا يُصَدَّق قضاءً، لأن الظاهرَ أنه للجماعةِ، والنيةُ لا يطَّلعُ عليها الحاكمُ. ولو كَتَبَ إليه أو أشارَ أو أرسَلَ إليه لم يحنَثْ لأنه ليس بكلامٍ، لأن الكلامَ اسمٌ لحروفٍ منظومةٍ مفهومةٍ بأصواتٍ مسموعةٍ ولم توجد، ولو كان الحالفُ إماماً فسلَّم والمحلوفُ عليه خَلْفَه لا يحنَثُ بالتسليمتين، لأنهما من أفعال الصلاة، وليس بكلام عُرفاً. ولو كان الحالف هو المؤتمَّ فكذٰلك. وعن محمد يحنَثُ لأنه يصيرُ خارجاً عن صلاةِ الإمامِ بسلامِه، خلافاً لهما. ولو سبَّح به في الصلاةِ أو فَتَحَ عليه لم يحنَثْ، وخارجَ الصلاةِ يحنَثُ. ولو قَرَعَ المحلوفُ عليه البابَ، فقال الحالفُ: مَن هذا؟ ذَكَر القُدوريُّ أنه يحنَثُ. وقال أبو الليث: إن قال بالفارسية «كيست» لا

حَلَفَ لا يُكَلِّمُ عبدَ فُلانٍ يُعتبَرُ مُلْكُه يومَ الحِنْثِ لا يومَ الحَلِفِ، وكذا الثَّوبُ والدَّارُ. ....

يحنَثُ لأنه ليس بخطابٍ له، وإن قال: «كي تُو» يحنَثُ لأنه خطاب له وهو المختار.

ولو قال ليلاً: والله لا أكلِّم فلاناً يوماً، فهو من حينِ حَلَفَ إلى غروبِ الشمسِ من الغدِ، وكذٰلك لو قال نهاراً: لا أكلِّمه ليلةً فمِن حينِ حَلَفَ إلى طلوع الفجرِ من الغدِ، لأن اليمينَ إذا تعلَّقت بوقتٍ مطلَقٍ فابتداؤها عَقِيبَ اليمينِ كالإيلاء، ولأن كلَّ حُكم تعلَّقَ بمدةٍ لا على طريقِ القُربةِ اختُصَّ بعَقِيب السببِ كالإجارة. ولو حلفَ في بعض اليوم لا يكلِّمُه يوماً فهو على بقيَّةِ اليومِ والليلةِ إلى مثلِ تلكَ الساعةِ من الغدِ، وكذٰلك لو حلفَ في بعضِ الليلِ لا يكلِّمُه ليلةً فمِن حينِ حَلَفَ إلى مثلِ تلك الساعةِ من الليلةِ المقبلة، لأنه حلفَ على يومٍ مُنَكَّر، فلا بدَّ من تمامِه، وذٰلك من اليوم الذي يَليه، فتدخلُ الليلةُ ضرورةً تَبَعاً، ولو قال في بعض اليوم: لا أكلِّمُه اليومَ فعلى باقي اليومِ، وكذا في الليلةِ، لأنه حلفَ على زمانٍ معيَّنٍ فتعلَّق بما بقي منه، إذ هو المرادُ ظاهراً وعُرفاً، لأن ما مضى منه خَرَجَ عن الإرادةِ ضرورةً.

قال: (**حَلَفَ لا يُكَلِّمُ عبدَ فُلانٍ يُعتبَرُ مُلْكُه يومَ الحِنْثِ لا يومَ الحَلِفِ، وكذا الثَّوبُ والدَّارُ**) لأن اليمينَ عُقدت على ملكٍ مضافٍ إلى فلان، فإذا وُجدت الإضافةُ يحنَثُ وإلا فلا، ولأن اليمينَ للمَنْعِ عن الحِنْثِ فيُعتَبر وقتَ الحِنْثِ.

ولو قال: عبدَ فُلانٍ هٰذا، أو دَارَه هٰذِه لا يَحنَثُ بعدَ البيعِ، وفي الصَّدِيقِ والزَّوجِ والزَّوجةِ يَحنَثُ بعدَ المُعاداةِ والفِراقِ.

(ولو قال: عبدَ فُلانٍ هٰذا، أو دَارَه هٰذِه، لا يَحنَثُ بعدَ البيعِ) لانقطاع الإضافةِ، ولا تُعادَى لذاتِها لسُقوط عِبْرَتها، إلا أن ينوي عينَها للتشاؤُم على ما وَرَدَ به الحديث[1].

(وفي الصَّدِيقِ والزَّوجِ والزَّوجةِ يَحنَثُ بعدَ المُعاداةِ والفِراقِ) لأن الزوجة والصَّديقَ يُقصَدَان بالهِجران لأذىً من جهتهما، فكانت الإضافةُ للتعريف فكانت الإشارةُ أولى. وقال محمد: يحنَثُ في العبدِ أيضاً إذا كان معيَّناً، لأن المنعَ قد يكون لعينِه وقد يكون لمالِكه، فيتعلَّقُ اليمين بهما. وإن أطلَقَ اليمينَ في الزوجةِ والصَّديقِ لم يحنَثْ عند أبي حنيفةَ، ويحنثُ عند محمد لأن المانعَ أذىً من جهتهما. ولأبي حنيفة: أن هٰذه الإضافةَ تحتملُ التعريفَ دون الهِجران، ولهٰذا لم يعيِّنْه فلا يحنَثُ، ويحتملُ الهِجران فيحنَثُ، فلا يحنثُ بالشَّكِّ. ولو لم يكن له امرأةٌ ولا صديقٌ فاستحدَثَ ثم كلَّمه حنِثَ خلافاً لمحمد.

حلفَ لا يكلِّمُه اليومَ شهراً أو اليومَ سنةً، فهو على ذٰلك اليوم من جميع ذٰلك الشهرِ وتلك السنةِ، لأن اليومَ الواحدَ لا يكون شهراً ولا

---

(١) يعني حديث: «إنما الشؤم في ثلاثة: في الفرس، والمرأة، والدار» أخرجه عن ابن عمر البخاري (٢٨٥٨)، ومسلم (٢٢٢٥)، وهو في «المسند» (٤٥٤٤).

وفي الباب عن غير واحد من الصحابة في «الصحيحين» وغيرهما، ذكرناها عند حديث ابن عمر في «المسند» فانظرها هناك.

. . . .

سنةً، فعلِمْنا أن مُرادَه أنه لا يكلِّمُه في مثلِ ذٰلك اليومِ شهراً أو سنةً.
ولو قال: لا أكلمُكَ يومَ السبت عشرةَ أيامٍ وهو في يومِ السبتِ فهو على سَبْتَين، لأن يومَ السبتِ لا يدورُ في عشرةِ أيامٍ أكثرَ من مرَّتين، وكذٰلك لا أكلمُكَ يومَ السبت يومين، كان على سَبتين لأن السبتَ لا يكون يومَين فكان مرادُه سَبتين، وكذٰلك لو قال: ثلاثةَ أيام، كانت كلُّها يومَ السبت لما بينا.

حلفَ لا يتزوجُ بنتَ فلانٍ فوُلِدَتْ له بنتٌ أخرى، لم يحنَثْ بتزويجها، لأن اليمين انصرفَتْ إلى الموجودِ في الحال. ولو قال: بنتاً لفلان، أو بنتاً من بناتِ فلان، فعَن أبي حنيفةَ روايتان.

حلفَ لا يكلمُ إخوةَ فلان، فهو على الموجودِين وقتَ اليمين لا غير، فإن كان له إخوةٌ كثيرةٌ لا يحنَثُ ما لم يكلِّمْ كلَّهم. ولو قال: لا يكلمُ عبيدَ فلان، أو لا يركبُ دوابَّ فلان، أو لا يلبَسُ ثيابَ فلان حَنِثَ بفعلِ ثلاثةٍ مما سمَّى إلا إذا نوى الكلَّ، والفرقُ أن الأوّل إضافةُ تعريفٍ، فتعلقتِ اليمينُ بأعيانِهم، فلما لم يكلِّمِ الكلَّ لا يحنَثُ، وفي الثانية إضافةُ ملكٍ، لأنها لا تُقصَدُ بالهِجران لكونها جماداً أو لخِسَّةِ العبدِ، وإنما المقصودُ المالكُ، فتناولتِ اليمينُ أعياناً منسوبةً إليه وقتَ الحِنْثِ، وقد ذَكَرَ النسبةَ بلفظ الجمع وأقلُّه ثلاثة. وروى المعلَّى عن أبي يوسفَ: كلُّ شيءٍ سوى بني آدمَ فهو على واحدٍ، وإذا كانت يمينُه على بني آدم فهي على ثلاثةٍ.

فصل

الحِينُ والزَّمانُ: سِتَّةُ أشهُرٍ في التَّعرِيفِ والتَّنكير، والدَّهرُ: الأبَدُ،

فصل

(الحِينُ والزَّمانُ: سِتَّةُ أشهُرٍ في التَّعرِيفِ والتَّنكير) منقولٌ عن ابن عباسٍ وسعيد بن المسيّب، ولأنه الوَسَطُ مما فُسِّر به الحِين فكان أولى. والزمانُ كالحِين لأنه يُستعمَل استعمالَه يقال: ما رأيتُكَ منذُ حينٍ ومنذُ زمانٍ بمعنًى واحدٍ، وإن نوى شيئاً فعلى ما نَوى لأنه يحتملُه، وقيل: يصدَّق في الحِين في الوقت اليسيرِ دونَ الزمانِ، لأنه استُعمل في الحِين، قال تعالى: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ [الروم: ١٧]، والمراد: صلاةُ الفجر وصلاةُ العصر، ولا عُرف في الزمان. وعن أبي يوسف: لا يُدَيَّنُ في القضاء في أقلَّ من ستةِ أشهر.

قال: (والدَّهرُ: الأبَدُ) قال عليه السلام: «لا صيامَ لمن صامَ الدهرَ»[١] يعني جميعَ العُمر.

---

(١) أخرجه من حديث عبد الله بن عمرو البخاري (١٩٧٩)، ومسلم (١١٥٩) (١٨٦)، وهو في «المسند» (٦٥٢٧) و(٦٧٦٦)، و«صحيح ابن حبان» (٦٢٢٦). وهو حديث مطوَّل، وفيه: «لا صام من صام الدهر» واللفظ للبخاري.

وأخرج مسلم (١١٦٢) عن أبي قتادة ضمن حديث، وفيه: كيف بمن يصوم الدهر كله؟ قال: «لا صام ولا أفطر». وهو في «المسند» (٢٢٥٣٧). وانظر تمام تخريجه فيه.

ودَهراً قال أبو حَنيفةَ: لا أدرِي ما هو، والأيَّامُ والشّهُورُ والسِّنين عَشَرَةٌ، وفي المُنكَّرِ ثلاثةٌ. . . . .

(**ودَهراً، قال أبو حَنيفةَ: لا أدرِي ما هو**) وعندهما: هو كالزمان، لأنه يُستعمل استعمالَه. وله أن لا عُرْفَ فيه فيُتَّبع، واللغاتُ لا تُعرَفُ قياساً، والدلائلُ فيه متعارضةٌ فتوقَّفَ فيه. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن دهراً والدهرَ سواءٌ، وهٰذا عند عدمِ النية، وإن كان له نيةٌ فعلى ما نَوى.

قال: (**والأيَّامُ والشّهُورُ والسِّنين**[1] **عَشَرَةٌ**) وكذٰلك الأزمنةُ والجُمَعُ.

(**وفي المُنكَّرِ ثلاثةٌ**) وقالا: في الأيام سبعةٌ، والشهورِ اثنا عَشَرَ، وغيرِهما جميعُ العُمر، لأن اللام للمعهود: وهي أيامُ الأسبوعِ وشهورُ السنةِ، ولأن الأيامَ تنتهي بالسبعةِ والأشهرَ بالاثني عَشَرَ ثم تعودُ، ولا معهودَ في غيرِها، فتناولت العُمر. ولأبي حينفةَ أن الجَمْعَ المعرَّف بهٰذا اللفظ أكثرُه عشرةٌ، وما زادَ يتغيَّرُ لفظُه، فلا يُزاد على العشرةِ. أما المنكَّرُ يتناولُ الأقلَّ وهو ثلاثةٌ بالإجماع. وفي رواية «المبسوط»: عشرةٌ عند أبي حنيفةَ، والمختارُ ما ذكرنا.

حلفَ لا يكلِّمُه إلى كذا، فعلى ما نوى، فإن لم ينو فيومٌ واحدٌ لأنه أقلُّ العدد، وإن قال: كذا وكذا، ولا نيَّةَ له فيومٌ وليلةٌ. حلفَ لا يكلمُه إلى الحَصاد، فحصَدَ أوّل الناس بَرَّ، وكذٰلك إلى قُدوم الحاجِّ، فقدم

---

(١) في (م): والسنون، والمثبت من (س).

فصل

حلفَ لا يأكُلُ من هٰذه الحِنطَةِ لا يحنَثُ ما لم يَقْضِمْها، ومن هٰذا الدَّقيقِ يَحنَثُ بِخُبزِه دُونَ سَفِّهِ. والخُبزُ ما اعتادَه أهلُ البَلَدِ، . . . .

واحدٌ انتهت اليمينُ. حلفَ لا يكلمُه قريباً من سنةٍ فهو على ستةِ أشهرٍ ويومٍ، ولو قال: لا يكلمُه قريباً، فهو أقلُّ من شهرٍ بيومٍ، ولو قال: إلى بعيدٍ، فأكثرُ من شهر. وعن أبي يوسف: هو مثلُ الحِين. وآجلاً أكثرُ من شهرٍ، وعاجلاً أقلُّ من شهرٍ، لأن الشهرَ أدنى الأجلِ. ولو قال: بِضْعاً، فثلاثةٌ، لأن البِضع من ثلاثةٍ إلى تسعةٍ، فيُحمل على الأقلِّ عند عدم النيةِ.

فصل

(**حلفَ لا يأكلُ من هٰذه الحِنطةِ لا يحنثُ ما لم يَقْضِمْها**) ولو أكل من خُبزِها أو سَويقِها لم يحنَثْ، وقالا: يحنثُ بالخُبز للعُرف. وله: أن الحقيقةَ مستعملةٌ فإنها تُقْلى وتُسْلَقُ وتُؤكَلُ بعدَه قَضْماً، والحقيقةُ المستعملةُ قاضيةٌ على المجاز.

قال: (**ومن هٰذا الدَّقيقِ يَحنَثُ بِخُبزِه دُونَ سَفِّهِ**) لأنه غيرُ معتادٍ، فانصرف إلى ما يُتخذُ منه وهو الخُبزُ، وكذا إن أكَلَ من عَصِيدتِه، أو اتخذَه خَبيصاً أو قطايفَ حَنِثَ، إلا إذا نوى أكْلَ عينِه، لأنه نوى حقيقةَ كلامِه، وكذٰلك ما لا يُؤكَلُ عادةً تقعُ اليمينُ على ما يُتَّخذُ منه، لأن المجازَ المتعارَفَ راجحٌ على الحقيقةِ المهجورةِ.

والخُبزُ ما اعتادَه أهلُ البَلَدِ، والشِّوَاءُ من اللَّحْمِ، والطَّبِيخُ ما يُطبَخُ من اللَّحمِ بالماء، . . . .

قال: (**والخُبزُ ما اعتادَه أهلُ البَلَدِ**) لأن اليمينَ مبناها على العادةِ، والمنعُ إنما يقعُ على المعتادِ ليتحقَّقَ معنى اليمين، ولو حلف لا يأكلُ خبزاً فأكلَ ثَريداً. قال أبو الليث: لا يحنَثُ للعُرف. والطعامُ حقيقةً ما يُتطعَّمُ[1] ويُؤكَلُ، في العرف يختصُّ ببعض الأشياء، ألا تَرى أن الأدويةَ لا تُسمَّى طعاماً، وإن كانت تؤكلُ ويُتغذَّى بها، كمعجون الوَرْدِ ونحوه. والخلُّ والزيتُ والمِلحُ طعامٌ لجَرَيان العادةِ بأكلِه مع الخبز إداماً له، والنبيذُ شرابٌ عند أبي يوسف، طعامٌ عند محمد، والفاكهةُ طعام.

حلفَ لا يشتري طعاماً لا يحنثُ إلا بشراءِ الحِنطةِ والدَّقيق والخبزِ استحساناً، للعُرف، وفي عُرفنا يحنثُ بالشَّعيرِ والذُّرةِ ونحوِهما أيضاً.

قال: (**والشِّوَاءُ من اللَّحْمِ**) والشَّحمِ والألْيةِ، لأنه المتعارَفُ عند الإطلاق، ألا تَرى أن الشَّوَّاءَ اسمٌ لبائِع المشويِّ من اللحم دون غيرِه، ويصحُّ قولهم: لم يأكلِ الشِّواءَ وإن أكلَ الباذنجانَ والسَّمَكَ المشويَّ وغيرَه ما لم يأكلِ الشِّواءَ من اللحم، وإن نوى كلَّ شيءٍ يُشوَى صحَّتْ نيتُه وهو القياس، لأن الشِّواء ما يُجعَلُ في النار ليسْهُلَ أكلُه، وهو موجودٌ في كلِّ شيءٍ إلا أن العُرف اختُصَّ باللحم على ما بينا.

قال: (**والطَّبِيخُ ما يُطبَخُ من اللَّحمِ بالماء**) للعُرف، وإن نوى كلَّ ما يُطبَخُ صُدِّق لأنه شَدَّد على نفسِه.

---

(١) كذا في (س)، وفي (م): ينطعِمُ.

(ويَحنَثُ بأكلِ مَرَقِه) لأن فيه أجزاءَ اللحم. وفي «النوادر»: حلفَ لا يأكلُ طبيخاً فأكل قليَّةً يابسةً لا مَرَقَ فيها لا يحنَثُ، لأنه بدون المَرَقِ لا يسمَّى طبيخاً، فإنه يُقال: لحم مقليٌّ ولا يقالُ: مطبوخٌ إلا لِما طُبِخ في الماء. ولو أكلَ سمكاً مطبوخاً لم يحنَثْ، لأن الاسم لا يتناولُه عند الإطلاق. وعن ابن سَمَاعة: الطبيخُ يكونُ على الشَّحْم، فإن طَبَخَ عَدَساً أو أرزّاً بِوَدَكٍ فهو طبيخٌ، وإن كان بسَمْنٍ أو زيتٍ فليس بطبيخٍ، والمعتبَرُ العُرْفُ. ولو حلفَ لا يأكلُ من طبيخِ فلانٍ، فطَبَخَ هو وآخرُ، وأكلَ الحالفُ منه حنِثَ، لأن كلَّ جزءٍ منه يسمَّى طبيخاً، وكذٰلك من خبزِ فلانٍ، فخبزَ هو وآخرُ، وكذٰلك من رمانٍ اشتراه فلانٌ، فاشترى هو وآخرُ، وكذا لا ألبَسُ من نَسْجِ فلانٍ، فنَسَجَ هو وآخرُ. ولو قال: من قِدْرٍ طبخَها فلانٌ، فأكلَ ما طَبَخَاه لم يحنَثْ، لأن كلَّ جزءٍ من القِدْر ليس بقِدْرٍ، وكذٰلك من قُرْصٍ يخبِزُه فلانٌ، أو رمانةٍ يشتريها فلانٌ، أو ثوباً ينسُجُه فلانٌ لما بينا.

ولو حلفَ لا يلبَسُ ثوباً من غزلِ فلانةَ، فلا بدَّ أن يكون جميعُه من غزلِها، حتى لو كان فيه جزءٌ من ألفِ جزءٍ من غزلِ غيرِها لم يحنَثْ، رواه هشام عن محمد.

حلفَ لا يأكلُ من هٰذا الطعامِ ما دام في ملكِه، فباع بعضَه وأكلَ الباقي لا يحنَثُ، ذكره الحسن.

والرُّؤوسُ: ما يُكْبَسُ ويُباعُ في السُّوقِ، والرُّطَبُ والعِنَبُ والرُّمَّانُ والخِيارُ والقِثَّاءُ ليس بفاكِهةٍ، . . . .

حلفَ لا يأكلُ من مالِ فلانٍ، فتناهدا وأكَلَ لا يحنَثُ، لأنه أكلَ مالَ نفسِه عُرفاً، رواه[1] المعُلَّى عن أبي يوسف.

حلفَ لا يأكلُ من مال فلانٍ، وبينهما دراهمُ، فأخذَ منها درهماً فاشترى به شيئاً وأكلَ، لم يحنَثْ.

حلفَ لا يأكلُ من طعامِ شريكِه فأكل من طعامٍ مشتركٍ بينهما لا يحنَثُ، لأنه إنما أكَلَ حِصَّتَه، ألا ترى أن له أن يأخذَه من حِصَّتِه.

والطابخُ: هو الذي يوقِدُ النارَ دون الذي ينصِبُ القِدْرَ ويصبُّ الماءَ واللحمَ وحوائجَه فيه. والخابزُ: الذي يضربُ الخُبزَ في التَّنُّورِ دون مَن عَجَنَه وبَسَطَه.

قال: (**والرُّؤوسُ: ما يُكْبَسُ**[2] **ويُباعُ في السُّوقِ**) جرياً على العُرف. وعن أبي حنيفة: أنه يدخلُ في اليمين رؤوس البقرِ والجَزُور، وعندهما: يختصُ برؤوس الغَنَم، وهو اختلافُ عادةٍ وعصرٍ.

قال: (**والرُّطَبُ والعِنَبُ والرُّمَّانُ والخِيارُ والقِثَّاءُ ليس بفاكِهةٍ**) وقالا: الرطبُ والرُّمَّانُ والعنبُ فاكهةٌ، لأنه يُتفكَّه بها عادةً كسائر الفاكهةِ، حتى يُسمَّى بائعُها: فاكِهاني، ولأبي حنيفة قولُه تعالى:

---

(١) لفظه: «رواه»: لم ترد في (س)، وأثبتناها من (م).

(٢) أي: يُدخل في التنور، قال في «البناية»: من قولهم: كبس الرجل رأسه في جيب قميصه إذا أدخله.

﴿ فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ ﴾ [الرحمٰن: ٦٨]، وكذلك عَطَفَ الفاكهةَ على العنبِ في آيةٍ أخرى[1]، والمعطوفُ يغاير المعطوفَ عليه لغةً، ولأنه ذُكِر في مَعرِض الامتنان، والكريم الحليم[2] لا يعيد المِنَّةَ بالشيءِ مرتين، ولأن الفاكهةَ ما يُتفكَّه به قبلَ الطعام وبعدَه، ويُتفكَّه برَطْبه ويابسِه دون الشِّبع، والعنبُ والرُّطَبُ يُستعملان للغِذاء والشِّبَع، والرمانُ يُستعمل للأدويةِ، فكان معنى الفاكهة قاصراً عنها، فلا يتناولُها الاسمُ عند الإطلاق، حتى لو نواها صحَّتْ نيتُه، لأنه تشديدٌ عليه، والتمرُ والزبيبُ وحَبُّ الرمان إدامٌ وليس بفاكهةٍ بالإجماع، والتفاحُ والسَّفَرْجَلُ والكمثرى والإجاصُ والمِشْمِشُ والخوخُ والتِّين فاكهةٌ لأنها تُؤكل للفاكهة دون الشِّبَع[3]، والبِطِّيخُ فاكهة، واليابسُ من أثمارِ الشجر فاكهةٌ، ويابسُ البطِّيخ ليس بفاكهةٍ لأنه غيرُ معتاد، والقِثَّاء والخِيارُ والجَزَرُ والباقِلّاء الرَّطْبُ بُقول. قال محمد: التُّوتُ فاكهةٌ لأنه يُستعمل استعمالَ الفاكهة. قال محمد: قَصَبُ السكَّر والبُسْرُ الأحمرُ فاكهة، والجَوزُ في عُرفنا ليس بفاكهةٍ لأنه لا يُتَفكَّه به. وروى المعلَّى عن محمد: الجَوزُ اليابسُ ليس بفاكهةٍ لأنه يُؤكل مع الخبز غالباً، فأما

---

(١) وهي التي في سورة عبس، وهو قوله تعالى: ﴿ وَعِنَبًا وَقَضْبًا ﴿٢٨﴾ ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ وَفَٰكِهَةً وَأَبًّا ﴿٣١﴾ ﴾.

(٢) في (م): الحكيم، والمثبت من (س).

(٣) من قوله: «والخوخ» إلى هنا لم يرد في (س)، وأثبتناه من (م).

رَطْبُه لا يُؤكل إلا للتفكُّه. وعن أبي يوسف: اللَّوز والعِنَّاب فاكهةٌ، رَطْبُه من الفاكهة الرَّطْبة، ويابسُه من يابسِها.

وعن محمد: لو حَلَفَ لا يأكلُ فاكهةَ العام أو من ثمرةَ العام، إن كان زمانُ الرَّطْبة فهي على الرَّطْبة، ولا يحنَثُ بأكلِ اليابس، وإن كان في غيرِ زمانِها فهي على اليابسِ للتعارُف. وكان ينبغي أن يحنَثَ باليابس والرَّطْب إذا كان في زمان الرطبةِ، لأن اسمَ الفاكهة يتناولُهما، إلا أنه استحسنَ[1] ذلك، لأن العادةَ في قولهم: فاكهةُ العام، إذا كان زمن الرَّطْبة يريدونَها دون اليابس، فإذا لم تكن رطبة تعيَّنت اليابسةُ فحُملت عليه.

قال: (**والإدامُ ما يُصْطَبَغُ به: كالخَلِّ والزَّيتِ. والمِلْحُ إدامٌ**) وأصلُه من المؤادَمَةِ، وهي الموافقةُ، وهي بالملازقة، فيصيران كشيءٍ واحدٍ، أما المجاورةُ ليست بموافقة حقيقةً، يقال: أدامَ اللهُ بينَكما: أي وافَقَ بينَكما، قال عليه السلامُ للمغيرةِ وقد تزوَّجَ امرأةً: «لو نظرتَ إليها كان أحْرَى أن يؤدَمَ بينَكما»[2]. فكلُّ ما احتاج في أكلِه إلى موافقةِ غيرِه فهو إدامٌ، وما أمكَنَ إفرادُه بالأكلِ فليس بإدامٍ وإن أُكل مع الخبزِ، كما لو أُكلَ الخبزُ مع الخبزِ، فالخَلُّ والزيتُ واللَّبَنُ والعَسَلُ والمَرَقُ إدامٌ

---

(١) في (س): استحسنوا، والمثبت من (م).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٨٦٦)، والترمذي (١٠٨٧)، والنسائي ٦/ ٦٩، وهو في «المسند» (١٨١٣٧)، و«صحيح ابن حبان» (٤٠٤٣). وهو حديث صحيح.

والغَدَاءُ: من طلُوعِ الفَجرِ إلى الظُّهرِ، والعَشاءُ: من الظُّهرِ إلى نِصفِ اللَّيلِ، والسّحورُ: من نِصفِ اللَّيلِ إلى طُلُوعِ الفَجرِ،

لما بينا، وكذٰلك المِلحُ لأنه لا يؤكلُ منفرداً، ولأنه يذوبُ فيختلِطُ بالخُبز ويصيرُ تَبَعاً. واللحمُ والشِّواء والبيضُ والجُبْنُ ليس بإدامٍ لأنها تُفرَدُ بالأكل ولا تَمتزِجُ بالخُبز. وعند محمد: كلُّ ما يُؤكَل بالخُبز عادةً فهو إدام، وهو المختارُ عملاً بالعُرف. وعن أبي يوسف: الجَوزُ اليابسُ إدامٌ. وقال محمد ـ وهو رواية عن أبي يوسف ـ: التمرُ والجوزُ والعنبُ والبطِّيخُ والبُقُول وسائرُ الفواكه ليس بإدام، لأنها تُفرَدُ بالأكل ولا تكون تَبَعاً للخُبز، حتى لو كان موضعاً تُؤكَلُ تبعاً للخُبز معتاداً يكون إداماً عندَهم اعتباراً للعُرف، وهو الأصلُ في الباب.

قال: (والغَدَاءُ: من طلُوعِ الفَجرِ إلى الظُّهرِ) لأنه عبارةٌ عن أكلِ الغُدْوة، وما بعدَ نصفِ النهار لا يكون غُدوةً.

(والعَشاءُ: من الظُّهرِ إلى نِصفِ اللَّيلِ) لأنه مأخوذٌ من أكلِ العشاء وأوّلُه بعدَ الزوال. وروي أنه عليه السلام صلَّى إحدى صَلاتي العَشِيِّ ركعتين[1]. يريدُ به الظهرَ أو العصرَ.

(والسّحورُ: من نِصفِ اللَّيلِ إلى طُلُوعِ الفَجرِ) لأنه مأخوذٌ من السَّحَر، فينطلقُ إلى ما يقرُبُ منه، ثم الغَداء والعَشاء عبارةٌ عن الأكلِ

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري (٤٨٢)، ومسلم (٥٧٣)، وهو في «المسند» (٧٢٠١)، و«صحيح ابن حبان» (٢٢٤٩).
وانظر أحاديث الباب في «المسند».

الذي يُقصَد به الشِّبَع عادةً، فلو أكل لُقمةً أو لُقمتين فليس بشيءٍ حتى يزيدَ على نصفِ الشِّبَع، فإنه يقال: لم أتغَدَّ وإنما أكلتُ لُقمةً أو لقمتين، ويُعتبر في كلِّ بلدةٍ عادتُهم، فلو حَلَفَ لا يتغدَّى فشربَ اللبَنَ إن كان حَضَرياً لا يحنَثُ، وإن كان بَدَوياً حَنِثَ اعتباراً للعادةِ. قال الكَرْخيُّ: إذا حلفَ لا يتغدَّى فأكلَ تمراً أو أرزّاً أو غيرَه حتى شَبِعَ لا يحنَثُ، ولا يكون غداءً حتى يأكلَ الخبزَ، وكذٰلك إن أكلَ لحماً بغيرِ خبزٍ اعتباراً للعُرف.

قال: (والشُّربُ من النَّهرِ: الكَرْعُ منه) فلو حلفَ لا يشربُ من دِجلةَ أو من الفُرات لا يحنَثُ حتى يكرَعَ منها كَرْعاً يباشِرُ الماء بفِيه، فإن شربَ منه بيدِه أو بإناءٍ لم يحنَثْ، وقالا: يحنَثُ في جميع ذٰلك. وأصلُه أنه متى كان لليمينِ حقيقةٌ مستعملةٌ ومجازٌ مستعمل، فعند أبي حنيفة: العِبرةُ للحقيقةِ خاصةً، لأنه لا يجوزُ إهدارُ الحقيقةِ إلا عند الضرورة، وذٰلك بأن تكونَ مهجورةً مهملةً كما قلنا في سَفِّ الدَّقيق. وعندهما: العِبرةُ للمجاز والحقيقةِ جميعاً، لمكان الاستعمالِ والعُرف. فأبو حنيفة يقول: الكَرْعُ حقيقةٌ مستعملٌ، ولهٰذا يحنَثُ به بالإجماع، وهما يقولان: استعمالُ المجاز أكثرُ فيُعتبر أيضاً، لأن الكَرْع إنما يُستعمل عادةً عند عدم الأواني، فيُعتبر كلُّ واحدٍ منهما. ومن أصحابنا من قال: إن أبا حنيفةَ شاهَدَ العربَ بالكوفةِ يَكْرَعون ظاهراً معتاداً، فحَمَل اليمينَ عليه، وهما شاهدا الناسَ بعدَ ذٰلك لا يفعلونَه إلا نادراً

ولو حَلَفَ لا يَشرَبُ من الجُبّ أو البِئرِ يَحنَثُ بالإناءِ. والسَّمَكُ والأَلْيةَ ليْسا بلَحمٍ، . . . .

فلم يخُصّا اليمينَ به. ولو شربَ من نهرٍ يأخذُ من دجلةَ أو من الفُرات لم يحنَثْ بالإجماع، لأن الإضافةَ قد زالت بالانتقال إلى غيره، فصار كما إذا حَلَفَ لا يشربُ من هٰذا الكُوز، فصُبَّ في كوزٍ آخرَ، وهٰذه المسألةُ تشهدُ لأبي حنيفة لاختصاص اليمين عندهم بدجلةَ دون ما انتقَلَ إليه ماؤُها، وهٰذا إذا لم يذكُرِ الماء، فأما إذا قال: من ماءِ دجلةَ فإنه يحنَثُ بالكَرْع وبالإناءِ وبالغَرْف ومن نهرٍ آخَر، لأن اليمينَ عُقِدت على الماء دون النهرِ وقد وُجد.

قال: (**ولو حَلَفَ لا يَشرَبُ من الجُبّ أو البِئرِ يَحنَثُ بالإناءِ**) وهٰذا في البئر ظاهرٌ لأنه لا يمكنُ الشربُ منها إلا بإناءٍ، حتى قالوا: لو نزلَ البئرَ وكَرَعَ لا يحنَثُ، لأن الحقيقةَ والمجازَ لا يجتمعان تحتَ لفظٍ واحدٍ، والحقيقةُ مهجورةٌ. وأما الجُبُّ إن كان ملآناً يمكنُ الشربُ منه لا يحنَثُ إلا بالكَرْع عند أبي حنيفة كما في النهرِ، وإن لم يمكن الشربُ منه كَرْعاً يحنَثُ بالاغتراف والإناءِ لتعيُّنِه. ولو حلفَ لا يشربُ من هٰذا الإناءِ فهو على الشُّربِ بعينِه، لأنه المتعارَفُ فيه.

قال: (**والسَّمَكُ والأَلْيةَ ليْسا بلَحمٍ**) فإن حلفَ لا يأكلُ لحماً، فأيَّ لحمٍ أكلَ من جميع الحيوان غيرَ السمكِ حَنِثَ، سواءُ أكله طَبيخاً أو مشويّاً أو قَدِيداً، وسواء كان حلالاً أو حراماً كالميتةِ، ولحمِ الخِنزير، والآدَميِّ، ومتروكِ التسميةِ، وذبيحةِ المجوسيِّ، وصيد المحْرِمِ، لأن

والكَرِشُ والكَبِدُ والرِّئةُ والفُؤَادُ والكُلْيَةُ والرَّأْسُ والأكارِعُ والأمْعاءُ والطِّحالُ لَحْمٌ. والشَّحْمُ شَحْمُ البَطْنِ.

اسمَ اللحم يتناولُ الجميع، ولا يختلفُ باختلاف صفةِ اللحمِ وصفةِ الذابح. فأما السمكُ وما يعيشُ في الماء لا يحنَثُ به لأنه لا يدخلُ تحتَ إطلاق اسم اللحمِ، ألا ترى أنهم يقولون: ما أكلتُ لحماً، وقد أكَلَ السَّمكَ، والمعتبَر في ذٰلك الحقيقةُ دون لفظ القرآن، ألا تَرى أنه لو حَلَفَ لا يركبُ دابّةً فركب كافراً لا يحنَثُ وإن سماه الله تعالى دابةً في قوله: ﴿إِنَّ شَرَّ ٱلدَّوَآبِّ عِندَ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟﴾ [الأنفال: ٥٥]، وكذا لو خَرَّبَ بيتَ العنكبوت لا يحنَثُ في يمينِه لا يخرِّب بيتاً، وكذا لا يحنَثُ بالقُعود في الشمس لو حلفَ لا يقعدُ في السِّراج إلى غير ذٰلك، وإنما المعتبَرُ في ذٰلك المتعارَف المعتادُ. وكذٰلك الألْيةُ وشَحمُ البطنِ ليسا بلحمٍ لأنهما لا يُستعملان استعمالَ اللحمِ، ولا يُتخذُ منهما ما يُتخذ من اللحم، ولا يُسمَّيان لحماً عُرفاً، وإن نواه أو نوى السمكَ حَنِثَ لأنه تشديدٌ على نفسِه.

قال: (**والكَرِشُ والكَبِدُ والرِّئةُ والفُؤَادُ والكُلْيَةُ والرَّأْسُ والأكارِعُ والأمْعاءُ والطِّحالُ لَحْمٌ**) لأنها تُباع مع اللحم، وهٰذا في عُرفهم على ما رآه أبو حنيفة في زمنه بالكوفة. وأما البلادُ التي لا تُباع فيها مع اللحمِ فلا يحنَثُ اعتباراً للعُرف في كلِّ بلدةٍ وكلِّ زمانٍ، فأما شحمُ الظَّهرِ فهو لحمٌ، ويقال له: لحمٌ سَمينٌ، ويُستعمل فيما يُستعمل فيه اللحم.

والشَّحْمُ شَحْمُ البَطْنِ.

حلفَ لا يأكلُ من هٰذا البُسْرِ فأكَلَه رُطَباً لم يَحنَثْ، وكذا الرُّطَبُ إذا صارَ تَمراً واللَّبَنُ شِيرازاً. حَلفَ لا يأكلُ من هٰذا الحَمَلِ فصار كَبْشاً فأكَلَه حَنِثَ. . . . .

قال: (والشَّحمُ شَحْمُ البَطْنِ) فلو حلفَ لا يأكلُ شَحماً فأكل شحمَ الظَّهر لا يحنَثُ لأنه من اللحمِ، ويقال له: لحمٌ سَمين كما قدّمنا، وقالا: يحنَثُ لأن اسمَ الشحمِ يتناولُه، وهٰذا في عُرفهم، وفي عرفنا: اسمُ الشحم لا يقعُ على شحمِ الظَّهرِ بحال. وعن محمد فيمن أمرَ غيرَه أن يشتري له شحماً فاشترى شحمَ الظَّهرِ لا يلزمُ الآمرَ، وهٰذا يؤيدُ مذهبَ أبي حنيفةَ أن مطلَقَ اسم الشَّحمِ لا يتناوله. حلفَ لا يأكلُ لحمَ شاةٍ فأكل لحمَ عَنْزٍ حنِثَ، لأن اسمَ الشاة يتناولُ العَنْزَ وغيرَه. وذكر الفقيه أبو الليث أنه لا يحنثُ لأن العُرف يفرِّق بينهما، وهو المختارُ، وكذا لا يدخلُ لحمُ الجاموس في يمينِ البقر.

قال: (حَلفَ لا يأكلُ من هٰذا البُسْرِ فأكَلَه رُطَباً لم يَحنَثْ، وكذا الرُّطَبُ إذا صارَ تَمراً، واللَّبَنُ شِيرازاً[1]) لأن هٰذه الصفاتِ داعيةٌ إلى اليمين فتتقيَّدُ به، أو نقول: اللبَنُ ما يُؤكَلُ عينُه، فلا ينصرفُ إلى ما يُتَّخذُ منه.

قال: (حَلفَ لا يأكلُ من هٰذا الحَمَلِ فصار كَبْشاً فأكَلَه حَنِثَ) لأن صفةَ الحَمَليَّةِ ليست داعيةً إلى اليمين، لأن الامتناعَ عن لحمِه أقلُّ من

---

(١) الشِّيراز: اللبن الرائب المستخرج ماؤه. «القاموس المحيط» (شرز).

حَلَفَ لا يأكلُ من هٰذِه النَّخْلَةِ فهو على ثَمَرتها ودِبْسِها غيرِ المطبُوخِ، ومن هٰذِه الشَّاةِ فعلى اللَّحْمِ واللَّبَنِ والزُّبْدِ. ولا يَدخُلُ بَيضُ السَّمكِ في البَيضِ. والشِّراءُ كالأكْلِ.

الامتناع عن لحمِ الكَبْش، وإذا امتَنَع أن تكون صفةً داعيةً تعيَّنَتِ الذاتُ وأنها موجودةٌ.

قال: (**حَلَفَ لا يأكلُ من هٰذِه النَّخْلَةِ، فهو على ثَمَرتها ودِبْسِها غيرِ المطبُوخِ**) يقال له: سيلانٌ، لأنه أضافَ اليمينَ إلى ما لا يُؤكَل، فينصرفُ إلى ما يخرُج منه، لأنه سببٌ له، فيصلحُ مجازاً، ويحنَثُ بالجُمَّار لأنه منها، ولا يحنَثُ بما يتغيَّرُ بالصَّنعةِ: كالنبيذِ والخَلِّ والدِّبْس المَطبوخ، لأنه ليس بخارجٍ منها حقيقةً، فإنَّ الخارج منها ما يوجدُ كذٰلك متصلاً بها، بخلاف غيرِ المطبوخِ وعصيرِ العنبِ لأنه كذٰلك متصلاً بها، إلا أنه منكتِمٌ فزال الانكتامُ بالعَصْر، ولو أكَلَ من عين النخلةِ لا يحنَثُ لأنها حقيقةٌ مهجورة.

(و) من حلفَ لا يأكلُ (**من هٰذِه الشَّاةِ فعلى اللَّحْمِ واللَّبَنِ والزُّبْدِ**) لما مرَّ، وفي الاستحسان على اللحمِ خاصةً، لأن عينَ الشاةِ مأكولٌ، فانصرفت اليمينُ إلى اللحمِ خاصةً، ولا يحنَثُ باللبَنِ والزُّبْد والسَّمْن.

قال: (**ولا يَدخُلُ بَيضُ السَّمكِ في البَيضِ**) للعُرف، فإنَّ اسمَ البيض عُرفاً يتناول بيضَ الطيرِ كالدَّجاج والإوَزِّ مما له قِشْرٌ، فلا يدخلُ بيضُ السمكِ إلا بالنيةِ لأنه بيضٌ حقيقةً، وفيه تشديدٌ على نفسه.

(**والشِّراءُ كالأكْلِ**) فاليمينُ على الشراءِ كاليمينِ على الأكل.

فصل

حلَفَ لَيَصْعَدَنَّ السَّماءَ أو لَيَطيرَنَّ في الهواءِ، انعَقَدَتْ يَمِينُه وحَنِث للِحالِ.

حلفَ لا يأكلُ حَراماً فاضطُرَّ إلى المَيْتةِ والخمرِ فأكلَ، روي عن أبي يوسفَ أنه يحنَثُ لأنه حرامٌ، إلا أنه مرفوعُ الإثمِ عن المضطَرِّ، كفِعل الصبيِّ والمعتوهِ الحرامَ، لا يوصَفُ بأنه حلالٌ لهما، وإن وُضع الإثمُ عنهما. وروي عنه أنه لا يحنَثُ. وعن محمد ما يدلُّ عليه، فإنه قال في الإكراه: إن الله تعالى أحلَّ الميتةَ حالةَ الضَّرورة، فإذا امتَنَع عن أكله حالةَ الإكراه أثِمَ، ولو أكلَ طعاماً مغصوباً حنِثَ، ولو اشترى بدرهمٍ مغصوبٍ لا يحنَثُ.

فصل

(**حلَفَ لَيَصْعَدَنَّ السَّماءَ أو لَيَطيرَنَّ في الهواءِ، انعَقَدَتْ يَمِينُه وحَنِث للِحالِ**) وقال زفر: لا ينعقدُ لأنه مستحيلٌ عادةً، فصار كالمستحيلِ حقيقةً. ولنا: أن اليمينَ عقدٌ من العقود، فينعقدُ إذا كان المعقودُ عليه موجوداً أو متوهَّماً، وإذا لم يكن موجوداً ولا متوهَّماً لم ينعقدْ، ألا ترى أن بيعَ الأعيانِ المباحةِ منعقدٌ، لأن المعقودَ عليه موجودٌ، وبيعَ المدبَّر منعقدٌ لأنه متوهَّمٌ دخولُه تحتَ العقدِ بالحُكم وإن كان بغيرِ فعل العاقِد، وبيعَ الحُرِّ ليس بمنعقدٍ لأنه غيرُ داخلٍ في العقدِ ولا متوهَّمٌ للدخول، فكذلك اليمينُ ينعقدُ على الفعلِ المقدورِ والموهوم، ولا ينعقدُ على غيرِ المقدورِ المَوهوم، وما نحنُ فيه مقدورٌ موهوم يدخل

حَلفَ لَيأتِينَّه إن استَطاعَ فهي على استِطاعَةِ الصِّحَةِ. حَلفَ لَيأتِينَّه فلم يأتِه حتَّى ماتَ حَنِثَ في آخِرِ حَياتِه. . . . .

تحتَ قُدرةِ قادرٍ، ألا تَرى أن مِن الأنبياء مَن صَعِدَ السماءَ، والملائكةُ يصعَدون في كلِّ وقت وينزلون، وإذا كان متوهَّماً انعقدت اليمينُ ثم يحنَثُ في الحال حُكماً للعجزِ الثابتِ عادةً كموت الحالف، وعلى هٰذا الأصلِ تخرَّجُ مسائلُ كثيرةٌ من هٰذا الجِنس لمَن يتأملُها.

قال: (**حَلفَ لَيأتِينَّه إن استَطاعَ فهي على[1] استِطاعَةِ الصِّحَّةِ**) معناه: إذا لم يَعرِضْ له أمرٌ يمنعُه من مرضٍ أو سلطانٍ أو نحوِه ولم يأتِه حَنِثَ، لأن الاستطاعةَ في العُرف الاستطاعةُ من حيثُ سلامةُ الآلةِ وعدمُ الموانع، وإن عنَى استطاعةَ القضاءِ والقَدَر صُدِّقَ ديانةً، لأنه خلافُ الظاهر، وفي روايةٍ: تصحُّ قضاءً أيضاً لأنه حقيقةٌ، لأن الاستطاعةَ الآليَّةَ تقومُ بالاستطاعة التقديريةِ على المذهب الصحيح.

قال: (**حَلَفَ لَيأتِينَّه فلم يأتِه حتَّى ماتَ حَنِثَ في آخِرِ حَياتِه**) لأن الحِنْثَ إنما يتحقَّقُ بالموت، إذ البرُّ مرجوٌّ قبلَه.

حلفَ لَيأتينَّه فهو على أن يأتيَ منزلَه أو حانوتَه، لَقِيَه أو لم يَلْقَه، لأن الإتيانَ الوصولُ إلى مكانِه دون مُلاقاتِه، وعن محمد: لأوافِيَنَّكَ غداً فهو على اللِّقاء، فإن أتاه فلم يَلْقَه حَنِثَ.

حلفَ لا تأتي زوجتُه العُرْسَ، فذهبتْ قبلَ العُرسِ وأقامت حتى مَضَى العرسُ لا يحنَثُ، لأن العُرسَ أتاها لا أتته.

---

(١) لفظة: «على»: لم ترد في (س)، وأثبتناها من (م).

ولو قال: إن أكَلْتُ، أو شَرِبتُ، أو لَبِستُ، أو كَلَّمتُ، أو تزَوَّجتُ، أو خَرَجتُ ونَوَى شَيئاً بعَينِه لم يُصَدَّقْ، ولو قال: إن أكَلْتُ طعاماً، أو شرِبتُ شَراباً، أو لَبِستُ ثَوباً، ونَحوَ ذٰلك ونَوى شيئاً دُونَ شيءٍ صُدِّقَ دِيانةً خاصَّةً.

وعن محمد: لأعودنَّ فلاناً غداً، فعادَه ولم يُؤذَنْ له بَرَّ، وكذٰلك الإتيانُ إذا أتاه فلم يُؤذَنْ له. حلفَ لا يُذهِبُ زوجتَه إلى بيتِ والدِها، فذهبت إلى باب الدارِ ولم تدخُل لم يحنَثْ. وعن أبي يوسف: حلفَ لا أرافقُ فلاناً، فهو على الاجتماع في الطعامِ أو شيءٍ يجتمعان عليه، بأن كان مُقامُهُما في مكانٍ واحدٍ، وإن كانا في سفينةٍ وطعامُهما ليس بمجتمِعٍ ولا يأكلان على خِوانٍ واحدٍ فليس بمُرافَقةٍ. وعن محمد: إن كان معه في مَحْمِلٍ أو كان كِراهما واحداً أو قِطارُهما واحداً فهي مرافَقَةٌ، وإن كان كِراهما مختلفاً والمسيرُ واحدٌ فليس بمرافقةٍ.

قال: (**ولو قال: إن أكَلْتُ، أو شَرِبتُ، أو لَبِستُ، أو كَلَّمتُ، أو تزَوَّجتُ أو خَرَجتُ، ونَوَى شَيئاً بعَينِه لم يُصَدَّقْ. ولو قال: إن أكَلْتُ طعاماً، أو شرِبتُ شَراباً أو لَبِستُ ثَوباً ونَحوَ ذٰلك ونَوى شيئاً دونَ شيءٍ صُدِّق ديانةً خاصةً**) والأصل فيه أن من ذكرَ لفظاً عاماً ونوى تخصيصَ ما في لفظِه صُدِّق فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يصدَّقْ في القضاء، لأن المتكلِّم بالعموم قد يريدُ الخُصوصَ، فإذا نوى صارت نيتُه دِلالةً على التخصيص، كالدَّلالةِ الشرعيةِ على تخصيص العُموم، إلا أن الظاهرَ من اللفظ العمومُ، فلا يصدَّقُ في القضاء، لأنه خلافُ الظاهر،

الرَّيْحَانُ اسمٌ لِما لا ساقَ له، فلا يَحنَثُ بالياسَمِينِ والوَرْدِ. والبَنَفْسَجُ والوَردُ هو الوَرَقُ. . . . .

فأما إذا نوى تخصيصَ ما ليس في لفظِه لا يصدَّقُ أصلاً، لأن الخُصوص يتبعُ الألفاظَ دون المعاني، فما ليس في لفظِه لا يصحُّ تخصيصُه، ففي الفصل الأوّلِ: الطعامُ والثوبُ ونحوهما ليس مذكوراً، فقد نوى تخصيصَ ما ليسَ في لفظِه فلا يصدَّق، وفي الفصل الثاني: إذا قال: عَنَيتُ الخُبز أو اللحمَ فقد نوى تخصيصَ ما في لفظِه، فيصدَّقُ ديانةً لا قضاءً لما بينا. ولو قال: لا أشربُ الماءَ ولا أتزوّجُ النساءَ حَنِثَ بشربِ قطرةٍ من الماء، وتزويجِ امرأةٍ واحدةٍ لأنه لا يمكنُ استيعابَ الجنسِ، فيُحمل على الأدنى، ولو نوى الجنسَ صُدِّق لأنه نوى حقيقةَ كلامه وإن كان خلافَ الظاهر، لأن الحقيقةَ أحدُ الظاهِرَين، فيصدَّقُ فيها إذا نواها.

قال: (**الريَّحْانُ اسمٌ لِما لا ساقَ له**) لغةً (**فلا يَحنَثُ بالياسَمِينِ والوَرْدِ**) وقيل يحنَثُ في عُرفنا، فإن الرَّيحان اسمُ لما له رائحةٌ طيبةٌ من النبات عُرفاً، فيحنَثُ بهما وبالشّاه بَرَم[1]، والعنبرُ والآسُ لا يسمَّى رَيْحاناً عُرفاً.

قال: (**والبَنَفْسَجُ والوَردُ: هو الوَرَقُ**) عُرفاً، وأصحابنا قالوا: لو حَلَفَ لا يشتري بَنَفْسَجاً فاشترى دُهْنَه حَنِثَ، ولو اشترى وَرَقَه لا

---

(١) وشاهِسْفَرَم وشاه بَرَم من الفارسية بمعنى ملك الرياحين، انظر «معجم أسماء النبات» للدكتور أحمد عيسى ص١٢٦.

الخاتَمُ النُّقْرَةُ ليس بِحُلِيٍّ، والذّهَبُ حُلِيٌّ، والعِقْدُ اللُّؤْلُؤُ ليس بحُلِيٍّ حتَّى يكونَ مُرَصَّعاً. . . . .

يحنَثُ، وكذا كان عرفُ أهلِ الكوفة، أما عُرفنا فكما ذكرتُ. ولو حلفَ لا يشُمُّ طِيباً، فَدَهَنَ لِحيته بدُهْنِ طيِّبٍ لا يحنَثُ، لأنه لا يُعدُّ شَمّاً عُرفاً.

قال: (الخاتَمُ النُّقْرَةُ[1] ليس بِحُلِيٍّ، والذّهَبُ حُلِيٌّ) فلو حلفَ لا يلبَسُ حُلياً لا يحنَثُ بخاتَم النُّقْرة، لأن النقرةَ تُلبسُ لإقامةِ السنَّةِ وللخَتْم لا للتزيُّنِ. والحُليُّ: ما يُتزيَّنُ به، ولا كذٰلك الذهبُ فإنه يُتزَيَّنُ به، ولو كان الخاتَمُ مما يلبَسُه النساءُ من الحَجَر أو الفِضَّةِ قيل: يحنَثُ لأنه للزِّينة، وقيل: لا يحنَثُ لأنه يحِلُّ للرجال ولا يحِلُّ لهم التزيُّن بالحُلِيِّ.

قال: (والعِقْدُ اللُّؤْلُؤُ ليس بحُلِيٍّ حتَّى يكونَ مُرَصَّعاً) وكذٰلك الياقوتُ والبَلَخْشُ[2] والزمُّردُ والزَّبَرْجَدُ لأن العادةَ ما جرت بالتحلي بذٰلك إلا مرصّعاً، والمعتبَرُ في اليمين العُرفُ لا الحقيقةُ ولفظُ القرآن كما تقدّم. وقال أبو يوسف ومحمد: هو حُلِيٌّ وإن لم يكن مرصَّعاً، لأنه حليٌّ حقيقةً بدليل تسميةِ القرآنِ، وعليه الفتوى، لأنه صار معتاداً،

---

(١) النقرة: القطعة المذابة من الفضة، وقبل الذوب هي تِبْر.

(٢) قال ياقوت في «معجم البلدان» ١/ ٣٦٠: بَذَخْشان: بفتحتين، والخاء معجمة ساكنة، وشين معجمة محركة، وألف، ونون، والعامة يسمونها بَلَخْشان، باللام: وهو الموضع الذي فيه معدن البَلَخْش المقاوم للياقوت.

حلَفَ لا ينامُ على فِراشٍ فجَعَلَ عليه فِراشاً آخرَ ونامَ لم يَحنَثْ، وإنْ جَعَلَ قِرَاماً فنامَ حنِثَ. . . . .

فهو اختلافُ عادةٍ وزمان، فعلى قولِ أبي حنيفةَ ينبغي أن يجوز للرجل لُبْسُ العِقْدِ غير[1] المرصَّع لأنه ليس بحليٍّ.

ولو علَّقت المرأةُ في عُنُقها ذهباً غيرَ مصنوعٍ لا تحنَثُ. والمِنطقةُ المُفضَّضَةُ والسيفُ المحلَّى ليس بحُليٍّ لما مرّ.

قال: (**حلَفَ لا ينامُ على فِراشٍ فجَعَلَ عليه فِراشاً آخرَ ونامَ لم يَحنَثْ، وإنْ جَعَلَ قِرَاماً فنامَ حنِثَ**) لأن القِرام تَبَعٌ للفِراش، ألا تَرى أنه لو كان القِرامُ ثوباً طبريّاً والفِراشُ ديباجاً، يقالُ: نامَ على فِراشِ ديباجٍ، ولو كان الأعلى ديباجاً والأسفلَ خَزّاً يقال: نام على الدِّيباجِ. وعن أبي يوسف في «الأمالي» أنه يحنَثُ في الفِراش أيضاً، لأنه نائمٌ على الفِراشَين حقيقةً، وصار كما إذا حلفَ لا يكلِّمُ رجلاً فكلَّمه وآخرَ بخطابٍ واحدٍ. جوابُه: أن الشيءَ لا يَستتبعُ مثلَه، وفي العُرف لا يُنسَبُ إلا إلى الأعلى، وفي الكلام هو مخاطِبٌ لكلِّ واحدٍ منهما حقيقةً وعُرفاً وشرعاً، والسريرُ والدُّكَّان والسطحُ كالفِراش، إن جَعَلَ عليه سريراً آخرَ وبنَى على السطحِ سطحاً آخرَ فنام على الأعلى لا يحنَثُ لما بينا، وإن جَعَلَ على السريرِ أو السطحِ أو الدكَّان بساطاً أو فِراشاً أو نحوَه ونامَ عليه حنِثَ، لأنه يُعدُّ نائماً على السطحِ والسريرِ والدكان، ومتى جَلَسَ على ما يحولُ بينَه وبين الأرضِ فليس بجالسٍ

---

(١) في (س): الغير، وفي (م): العنبر، والجادة ما أثبتنا.

عليها، لأنه لا يسمَّى جالساً على الأرض إلا أن يجلسَ على ثيابِه فتحولَ بينَه وبين الأرض، لأنها تَبَعٌ له، فلا يُعَدُّ حائلاً، ولهٰذا يقال: هو جالسٌ على الأرض.

قال: **(والضَّرْبُ والكلامُ وَالكِسْوةُ والدُّخُولُ عليه يتَقَيَّدُ بِحالِ الحياةِ)** لأن الضربَ هو الفعلُ المؤلمُ، ولا يتحقَّقُ في الميت، والمرادُ بالكلام: الإفهامُ، وأنه يختصُّ بالحيِّ. والمراد بالكِسوةِ عند الإطلاق: التمليكُ، كما في الكفارةِ، ولا تمليكَ من الميت. وإن نوى به السَّتْرَ صحَّ لأنه محتمَلُ كلامِه. وأما الدخول عليه فلأنه يرادُ به الزيارةُ عُرفاً في موضعٍ يجلسُ فيه للزيارةِ والتعظيمِ، حتى لو لم يقصدْه بالدخول بأن دَخَلَ على غيرِه أو لحاجةٍ أخرى، أو دخلَ عليه في موضعٍ لا يجلسُ فيه للزيارةِ لا يكون دخولاً عليه، ولو دخل عليه في المسجدِ والظُّلَّةِ والدِّهْليز لا يكون دخولاً عليه، إلا إن اعتادوا الجلوسَ فيه للزيارة. وذكر الكَرْخيُّ عن ابن سَمَاعة ضدَّ هٰذا، فقال: لو حلفَ لا يدخلُ على فلانٍ، فدخل على قومٍ هو فيهم حَنِثَ وإن لم يعلَمْ، لأنه دخَلَ على المحلوفِ عليه، والعلمُ ليس بشرطٍ، كما لو حلفَ لا يكلِّمُه فكلَّمه وهو لا يعرفُه. والمذهبُ الأوّلُ. رجلان حلفَ كلُّ واحدٍ منهما لا يدخلُ على صاحبه، فدخلا في المنزلِ معاً لا يحنَثَان. ولو قال: إن غسَّلتُكَ فعبدي حرٌّ، فإنه يتناولُ حالَتَي الحياة والموتِ، لأنه عبارةٌ عن الإسالةِ للتطهير، وذٰلك يوجَدُ في الحيِّ والميِّتِ.

حَلَفَ لَيَضرِبَنَّهُ حتَّى يَمُوتَ أو حتَّى يَقتُلَه فهو على أشَدِّ الضَّربِ. حَلَف لا يَضرِبُ امرأتَه فخَنَقَها أو مَدَّ شَعْرَها أو عَضَّها حَنِثَ.

فصل

حلَفَ لا يَصومُ فنَوى وصامَ ساعةً حَنِثَ، وإن قال: صَوماً، لم يَحنَثْ إلاَّ بِتمامِ اليوم. ....

قال: (حَلَفَ لَيَضرِبَنَّهُ حتَّى يَمُوتَ أو حتَّى يَقتُلَه فهو على أشَدِّ الضَّربِ) لأنه المرادُ في العُرف. ولو قال: حتى يُغشَى عليه، أو حتى يبكيَ أو يبولَ أو يستغيثَ، فلا بدَّ من وجودِ هٰذه الأشياء حقيقةً. ولو قال: لأضربنَّكَ بالسِّياطِ حتى تموتَ فهو على المبالغةِ. ولو قال: لأضربنَّكَ بالسيفِ حتى تموتَ فهو على الموتِ حقيقةً. وعن أبي يوسف فيمن قال لامراتِه: إن لم أضرِبْكِ حتى أترككِ لا حيَّةً ولا ميتةً، فهو أن يضربَها ضرباً يوجعُها.

(حَلَف لا يَضرِبُ امرأتَه، فخَنَقَها أو مَدَّ شَعْرَها أو عَضَّها حَنِثَ) لأن الضربَ اسمٌ لفعلٍ مؤلمٍ.

فصل

(حَلَفَ لا يَصومُ، فنَوى وصامَ ساعةً حَنِثَ) لأن الصومَ: هو الإمساكُ عن المفطِّرات مع النيةِ، وقد وُجد.

(وإن قال: صَوماً، لم يَحنَثْ إلاَّ بِتمامِ اليوم) لأنه يُرادُ به الصومُ التامُّ، وذٰلك صومُ اليومِ، لأن ما دونَه ناقصٌ.

حَلَفَ لا يُصلِّي، فقامَ وقرأ ورَكَعَ، لم يَحنَثْ ما لم يَسجُدْ، ولو قال: صلاةً، لا يَحنَثُ إلاَّ بتمام رَكعَتَينِ. ومَن قال لأمَتِه: إن وَلَدتِ ولداً فأنتِ حُرَّةٌ، فوَلَدَتْ ولداً مَيِّتاً عَتقَتْ، وكذٰلكَ الطَّلاقُ، ولو قال: فهو حُرٌّ، فوَلَدَتْ مَيِّتاً ثُمَّ حَيّاً عَتقَ الحَيُّ (سم). . . . .

(حَلَفَ لا يُصلِّي، فقامَ وقرأ ورَكَعَ، لم يَحنَثْ ما لم يَسجُدْ) لأن الصلاةَ عبارةٌ عن الأركان، فما لم يأتِ بها لا تُسمَّى صلاةً، بخلاف الصومِ لأنه عبارةٌ عن الإمساكِ وأنه موجودٌ في أوّلِ جزءٍ من اليوم، وفي الجزءِ الثاني يتكرَّرُ.

(ولو قال: صلاةً، لا يَحنَثُ إلاَّ بتمام رَكعَتَينِ) لأنه يرادُ به الصلاةُ المعتَبَرةُ شرعاً، وأقلُّ ذٰلك ركعتان.

قال: (ومَن قال لأمَتِه: إن وَلَدتِ ولداً فأنتِ حُرَّةٌ، فوَلَدَتْ ولداً مَيِّتاً عَتقَتْ، وكذٰلكَ الطَّلاقُ) لوجود الشرطِ وهو ولادةُ الولد، ألا ترى أنه يقال: وَلَدَتْ ولداً حيّاً، ووَلَدَتْ ولداً ميّتاً.

(ولو قال: فهو حُرٌّ، فوَلَدَتْ مَيِّتاً ثُمَّ حَيّاً عَتقَ الحَيُّ) عند أبي حنيفةَ. وقالا: لا يَعتِقُ لأن اليمينَ انحلَّت لوجود الشرطِ وهو ولادةُ الولدِ الميِّتِ لا إلى جزاءٍ، لأن الميتَ ليس بمحلٍّ للحريَّةِ. وله: أن الشرطَ ولادةُ الحيِّ، لأنه وَصفَه بالحريَّةِ، ومن ضَرورتها الحياةُ، فصار كقوله: إذا ولدتِ ولداً حيّاً فهو حرٌّ، ولو قال كذلك عَتَقَ الحيُّ، فكذا هنا، بخلاف حريَّةِ الأمِّ والطلاقِ، لأنه لم يقيِّدْه بالحياةِ، فافترقا.

ومَن قال: مَن بَشَّرَني بقُدُوم فُلانٍ فهو حُرٌّ، فبَشَّرَه جماعةٌ مُتَفَرِّقُونَ عَتَقَ الأوَّلُ، وإن بَشَّرُوه جميعاً عَتَقُوا، ولو قال: مَن أخبرَني، عَتَقُوا في الوَجهَينِ.

قال: (**ومَن قال: مَن بَشَّرَني بقُدُوم فُلانٍ فهو حُرٌّ، فبَشَّرَه جماعةٌ مُتَفَرِّقُونَ عَتَقَ الأوَّلُ، وإن بَشَّرُوه جميعاً عَتَقُوا، ولو قال: مَن أخبرَني، عَتَقُوا في الوَجهَينِ**) لأن البشارةَ عُرفاً اسمٌ لخبرٍ سارٍّ صِدْقٍ ليس عند المُبشَّر عِلْمُه، لأنه مأخوذٌ من تغيُّر بشَرَةِ الوجهِ من الفَرَح عادةً، والسرورُ إنما يحصُلُ بالصِّدْق لا بالكَذِب، وبخبرٍ ليس عندَه علمُه. والخبرُ: اسمٌ لمُطلَقِ الخبرِ، سواءٌ كان عندَه علمُه أو لم يكن، ويقعُ على الصِّدْق والكذِبِ، ففي المسألة الأولى البشارةُ حصَلَتْ بالأوّل لما بينا فعَتَقَ، ولم تحصُلْ بالباقي، لأنه قد عَلِمَ به فلم تكن بشارةً، وفي الثانية حصَلَتْ بإخبارِ الكُلِّ فعتَقوا. أما الخبرُ فإنه وُجد من الكُلِّ سواءٌ كانوا متفرِّقين أو مجتمِعين، فيَعتِقون في الحالَين. والإعلامُ كالبشارةِ يعتِقُ الأوّلُ لا غير، لأنه ما يحصُلُ به العِلمُ، وإنما يحصُل بالأوّلِ. والبشارةُ والخبرُ يكون بالكتابةِ والمراسلةِ كما يكون بالمشافهةِ، والمحادَثةُ بالمشافهةِ لا غير، ولهٰذا يقال: أخبرَنا الله تعالى، ولا يقال: حدّثنا، فإذا قال: أيُّ غلام بشَّرني بقدُوم فلانٍ فهو حرٌّ، فكتَبَ إليه غلامُه بذٰلك عَتَقَ، ولو أن عبداً له أرسَلَ عبداً له آخرَ بالبشارةِ فجاء الرسولُ وقال للمولى: إنَّ فلاناً يقول لك: قد قَدِمَ فلانٌ، عَتَقَ المُرسِل دون الرسول، فهو بمنزلة الكتاب. ولو قال الرسولُ: إن فلاناً قد قدِمَ، ولم يقل: أرسَلَني فلانٌ، عَتَقَ الرسولُ خاصةً.

قال: إن تَسَرَّيتُ جاريةً فهي حُرَّةٌ، فتَسَرَّى جاريةً كانت في مِلْكِه عَتَقَتْ، ولو اشتَراها وتَسَرَّى بها لم تَعتِقْ. حَلَفَ لا يتزَوَّجُ، فزَوَّجَه غيرُه بغير أمرِه، فإن أجازَ بالقولِ حَنِثَ، وإن أجازَ بالفِعلِ لا يَحنَثُ، ولو أَمَرَ غيرَه أن يُزَوِّجَه حَنِثَ،

(قال: **إن تَسَرَّيتُ جاريةً فهي حُرَّةٌ، فتَسَرَّى جاريةً كانت في مِلْكِه عَتَقَتْ، ولو اشتَراها وتَسَرَّى بها لم تَعتِقْ**) والفرقُ أن في المسألة الأولى تناولتْها اليمينُ لكونها في ملكِه، وفي المسألة الثانية لم تكن في ملكِه فلم يتناولْها اليمينُ. وقال زفر: تعتِقُ في الوجهين، لأن ذِكْرَ التسرِّي ذكرٌ للمِلْكِ، لأن التسرِّي لا يصحُّ إلا في المِلْكِ. قلنا: المِلْكُ يصيرُ مذكوراً ضرورةَ صحَّةِ التسري، فيتقدَّر بقَدَرِه، ولا يظهَرُ في حقِّ الحريَّة وهي الجزاءُ، لأن الثابتَ بالضرورةِ يتقدَّر بقَدَرِها.

قال: (**حَلَفَ لا يتزَوَّجُ، فزَوَّجَه غيرُه بغير أمرِه، فإن أجازَ بالقولِ حَنِثَ**) لأن الإجازةَ في الانتهاء كالإذن في الابتداء على ما عُرف في تصرُّفات الفُضُولي.

(**وإن أجازَ بالفِعلِ**) كإعطاءِ المَهْرِ ونحوِه، المختارُ أنه (**لا يَحنَثُ**) لأن العقودَ تختصُّ بالأقوال، فلا يكونُ فعلُه عقداً، وإنما يكون رضاً، وشرطُ الحِنْثِ العقدُ لا الرضاء، وروي عن محمد: أنه لا يحنَثُ في الوجهين، وأفتى به بعضُ المشايخ، لأن الإجازةَ ليست بإنشاءٍ للعقدِ حقيقةً، وإنما هو تنفيذٌ لحُكم العقد بالرضا به.

(**ولو أَمَرَ غيرَه أن يُزَوِّجَه حَنِثَ**) لأن الوكيلَ في النكاح سفيرٌ ومعبِّرٌ على ما عُرف في موضِعه. ولو قال: عَنَيتُ أن لا أتكلَّم به صُدِّقَ ديانةً لأنه يحتملُه، لا قضاءً لأنه خلافُ الظاهر.

وكذٰلكَ الطَّلاقُ والعِتاقُ. حَلَفَ لا يُزَوِّجُ عبدَه أو أَمَتَه يَحنَثُ بالتَّوكيلِ والإجازَةِ، وكذٰلكَ ابنَه وابنَتَه الصَّغيرينِ، وفي الكبيرَينِ لا يَحنَثُ إلاَّ بالمباشَرةِ. حَلَفَ لا يَضرِبُ عبدَه فوَكَّل به حَنِثَ، وإن نَوَى أن لا يُباشِرَه بِنفْسِه صُدِّقَ قضاءً. . . . .

(وكذٰلكَ) الحُكمُ في (الطَّلاقِ والعِتاقِ) وكلِّ عقدٍ لا ترجعُ حقوقُه إلى الوكيلِ كالكتابةِ والخُلْعِ والهبةِ والصَّدَقةِ والوديعةِ والعاريَّةِ والقَرْضِ والاستقراضِ، وكذٰلك كلُّ فعلٍ ليس له حقوقٌ كالضربِ والقتلِ والذَّبحِ والكِسْوةِ والقَضاءِ والاقتضاءِ والخُصومةِ والشَّرِكة، فإنه يحنَثُ بفعلِه وبالأمرِ. وفي الصلحِ روايتان بمنزلةِ البيعِ والنكاحِ.

(حَلَفَ لا يُزَوِّجُ عبدَه أو أَمَتَه، يَحنَثُ بالتَّوكيلِ والإجازَةِ) لأن ذٰلك مضافٌ إليه متوقِّفٌ على إرادتِه بمِلْكِه وولايتِه.

(وكذٰلكَ ابنَه وابنَتَه الصَّغيرينِ) لولايتِه عليهما. (وفي الكبيرَينِ لا يَحنَثُ إلاَّ بالمباشَرةِ) لعدم ولايتِه عليهما، فهو كالأجنبيِّ عنهما، فيتعلَّقُ بحقيقةِ الفِعل.

قال: (حَلَفَ لا يَضرِبُ عبدَه، فوَكَّل به حَنِثَ) لأن منفعةَ ذٰلك ترجعُ إلى المالِكِ، فيُجعَلُ مباشِراً لأنه لا حقوقَ له ترجعُ إلى الوكيل.

(وإن نَوَى أن لا يُباشِرَه بِنفْسِه صُدِّقَ قضاءً) لأنه فعلٌ حسِّيٌّ، فإذا نوى الفعلَ بنفسِه فقد نوى الحقيقةَ، فيصُدَّقُ قضاءً وديانةً، بخلاف ما تقدَّم من النكاح وأخواتِه، لأنه تكلَّمَ بكلامٍ يُفضي إلى النكاحِ والطلاقِ،

ولو حَلَفَ لا يَضرِبُ وَلَدَه فأَمَرَ به لم يَحنَثْ. وذَبْحُ الشَّاةِ كَضَرْبِ العبدِ. حَلَفَ لا يَبيعُ فوَكَّلَ به لم يَحنَثْ، وكذا سائرُ المُعاوضاتِ الماليَّةِ. حلَفَ لا يَبيعُ فباعَ ولم يَقْبَلِ المُشترِي لا يَحنَثُ، وكذٰلكَ الإجارةُ والصَّرْفُ والسَّلَمُ والرَّهْنُ والنِّكاحُ والخُلْعُ. ولو وَهَبَ أو تَصَدَّقَ أو أعارَ، . . . .

والأمرُ بذٰلك مثلُ التكلُّم به، فإذا نوى التكلُّم به فقد نَوى الخاصَّ من العام، فيُصدَّق ديانةً لا قضاءً.

(ولو حَلَفَ لا يَضرِبُ وَلَدَه فأَمَرَ به، لم يَحنَثْ) لأن منفعتَه عائدةٌ إلى الولد، وهو التثقيفُ والتأديبُ، فلا يُنسَبُ إلى الآمِرِ، بخلاف ضربِ العبدِ على ما تقدَّم.

(وذَبْحُ الشَّاةِ كَضَرْبِ العبدِ).

حلفَ لا يضربُ حُرّاً، فأمَرَ غيرَه فضربَه لا يحنَثُ لأنه لا يملكُ ضربَ الحُرِّ، إلا أن يكون سلطاناً أو قاضياً فيحنَثُ، لأنه يملِكُ ضربه حدّاً وتعزيراً، فيصحُّ الأمرُ به.

قال: (حَلَفَ لا يَبيعُ فوَكَّلَ به لم يَحنَثْ، وكذا سائرُ المُعاوضاتِ الماليَّةِ) لأن العقدَ يوجدُ من العاقد، حتى ترجعُ الحقوقُ إليه على ما مرَّ في البيوع، فلم يوجدِ الشرطُ وهو العقدُ من الحالفِ إلا أن ينوي ذٰلكَ، لأن فيه تشديداً عليه، أو يكونَ الحالفُ ممن لا يباشِرُ العقودَ كالسلطان والمُخَدَّرةِ، لأنه إنما يمنعُ نفسَه عما يعتاد، ولو كان الحالفُ يباشرُ مرّةً ويوكِّلُ أخرى تُعتبَرُ الغَلَبَةُ.

(حَلَفَ لا يَبيعُ فباعَ ولم يَقْبَلِ المُشترِي، لا يَحنَثُ، وكذٰلكَ الإجارةُ والصَّرْفُ والسَّلَمُ والرَّهْنُ والنِّكاحُ والخُلْعُ. ولو وَهَبَ أو تَصَدَّقَ أو أعارَ،

فلم يُقْبَلْ حَنِثَ. حَلَفَ لَيَقضِيَنَّ دَيْنَه إلى قَرِيبٍ، فما دُونَ الشَّهرِ، وبَعيدٍ أكثَرَ من الشَّهرِ، وإن قال: لَيَقضِيَنَّه اليومَ، ففَعَلَ، وبَعضُها زُيُوفٌ، أو نَبَهرَجَةٌ، أو مُستَحَقَّةٌ، لم يَحنَثْ، . . . .

فلم يُقْبَلْ حَنِثَ) لأن المعاوضةَ تمليكٌ من الجانبين، فيكون القَبول رُكناً لتحقيق المعاوضةِ، وفي غير المعاوضةِ تمليكٌ من جانب المملِّك وحدَه. وقال زفر: لا يحنَثُ في الهبةِ والصدقةِ أيضاً، لأن تمامَها بالقَبول فصار كالبيع. قلنا: الهبةُ تمليكٌ، فتتمُّ بالمملِّك، والقَبولُ شرطٌ لثبوت المِلْكِ دون وجودِ الهبةِ، فصار كالوصيَّةِ والإقرارِ، بخلافِ البيع لأنه تمليكٌ وتملُّكٌ على ما بينا. وعن أبي حنيفةَ في القَرْضِ روايتان.

ويحنَثُ بالبيع الفاسدِ والهبةِ الفاسدةِ. وعن أبي يوسف أنه لا يحنَثُ. وقال زفر: لا يحنَثُ فيه إلا بالقَبْضِ، لأن المقصودَ الملكُ وهو بالقبضِ. قلنا: هو بيعٌ حقيقةً لوجود الإيجابِ والقَبول. وعلى هٰذا البيعُ بشرطِ الخيار.

قال: (**حَلَفَ لَيَقضِيَنَّ دَيْنَه إلى قَرِيبٍ، فما دُونَ الشَّهرِ، وبَعيدٍ أكثَرَ من الشَّهرِ**) لأن ما دونَ الشهر يُعدُّ قريباً، والشهرُ وما زادَ يُعدُّ بعيداً، والعبرةُ للمعتاد.

(**وإن قال: لَيَقضِيَنَّه اليومَ ففَعَلَ، وبَعضُها زُيُوفٌ، أو نَبَهرَجَةٌ، أو مُستَحَقَّةٌ لم يَحنَثْ**) لأنها دراهمُ إلا أنها مَعيبةٌ، والعيبُ لا يَعدِمُ الجنسَ، ألا ترى أنه لو تجوَّز بها في الصَّرْفِ والسَّلَم جاز، والمستحَقَّةُ

ولو كانَ رَصاصاً أو سُتُّوقَةً حَنِثَ. حَلَفَ لا يَقْبِضُ دَيْنَه مُتَفَرِّقاً فَقَبَضَ بَعضَه لا يَحنَثُ حتَّى يَقبِضَ باقِيَه، . . . .

دراهمُ، وقبْضُها صحيح، وبِردِّها لا ينتقضُ القبضُ الأوّلُ المستحَقُّ باليمين.

(**ولو كانَ رَصاصاً أو سُتُّوقَةً حَنِثَ**) لأنهما ليسا بدراهمَ، حتى لو تجوَّز بهما لا يجوز، وهٰذا إذا كان الأكثرُ سُتُّوقاً، أما إذا كان الأكثرُ فضةً لا يحنَثُ.

حلفَ لَيَقبضنَّ من فلان حقَّه، فأخذَه من وكيلِه أو كفيلٍ عنه بأمرِه، أو محتالٍ عليه بأمرِ المطلوبِ بَرَّ، وإن كانت الكفالةُ والحَوَالةُ بغيرِ أمرِ المطلوبِ حَنِثَ، لأن القبضَ ليس من المحلوفِ عليه، ألا ترى أن الدافعَ لا يَرجعُ عليه، وفي الفصل الأوّلِ الأخذُ من وكيلِه أخذٌ منه، لما بينا أن حقوق القضاءِ لا ترجعُ إلى المأمورِ، وكذا كفيلُه بأمرِه كالوكيل، ولهٰذا يرجعُ بما أدَّى عليه، وكذا لو حلفَ ليُعطِينَّ فلاناً حقَّه، فأمرَ غيرَه بالأداءِ أو أحالَه، فقبَضَ بَرَّ، ولو باعَه شيئاً وقبضَه بَرَّ أيضاً، لأن بالبيع صار الثمنُ دَيناً في ذِمتِه، فيتقاصّان، وهو طريقُ قضاءِ الديون، ولو أبرَأه أو وَهَبَه حَنِثَ، لأنه إسقاطٌ محضٌ من جهةِ الطالبِ وليس بقضاءٍ من الحالف، بخلاف البيع على ما بينا.

حلفَ لا يفارقُ غريمَه حتى يستوفيَ حقَّه، فهرب منه الغريمُ لم يحنَثْ.

قال: (**حَلَفَ لا يَقْبِضُ دَيْنَه مُتَفَرِّقاً، فَقَبَضَ بَعضَه، لا يَحنَثُ حتَّى يَقبِضَ باقِيَه**) لأن الشرط قبْضُ جميع دَينِه متفرِّقاً ولم يوجد

وإن قَبَضَه في وَزْنَتَينِ مُتعاقِباً لم يَحنَثْ. حَلَفَ لا يَفعَلُ كذا، تَرَكَه أبداً، وإن قال: لأَفعَلَنَّه بَرَّ بواحدةٍ. اسْتَحلَفَ الوالِي رَجُلاً لَيُعْلِمَه بكُلِّ مُفسِدٍ، فهو على حالِ وِلايَتِه خاصَّةً. حلَفَ لَيَهَبَنَّهُ ففعَلَ ولم يَقْبَلْ بَرَّ، وكذٰلكَ القَرْضُ والعارِيَّةُ والصَّدَقَةُ.

شَرْطُ الحِنْثِ، ألا ترى أنه لو أبرَأه من الباقي أو وَهَبَه لا يكون قابضاً للكُلِّ.

(**وإن قَبَضَه في وَزْنَتَينِ مُتعاقِباً لم يَحنَثْ**) لأنه قد يتعذَّرُ وزنُ الكُلِّ دَفعةً واحدةً، فيكون هٰذا القَدْرُ مستثنىً من اليمين، فلا يحنَثُ به، وإن اشتَغَلَ بين الوزنتين بعملٍ آخرَ حَنِثَ، لأنه تبدَّلَ المجلسُ فاختلف الدفعُ.

قال: (**حَلَفَ لا يَفعَلُ كذا، تَرَكَه أبداً**) لأنه نفيٌ مطلقاً فيَعُمُّ.

(**وإن قال: لأَفعَلَنَّه، بَرَّ بواحدةٍ**) لأنه في معرضِ الإثبات، فيَبَرُّ بأيِّ فعلٍ فعَلَه، وإنما يحنَثُ بموتِه أو بهلاكِ محلِّ الفعل إذا أيِسَ من الفعل.

قال: (**اسْتَحلَفَ الوالِي رَجُلاً لَيُعْلِمَه بكُلِّ مُفسِدٍ، فهو على حالِ وِلايَتِه خاصَّةً**) لأن المقصودَ من ذٰلك رفعُ الفساد ودفعُ الشَرِّ بالمَنع والزَّجْرِ، وذٰلك في حالِ سَلْطنتِه وولايتِه، فيتقيَّدُ بها، وزوالُها بالموتِ والعَزْلِ.

(**حَلَفَ لَيَهَبَنَّهُ، ففعَلَ ولم يَقْبَلْ بَرَّ، وكذٰلكَ القَرْضُ والعارِيَّةُ والصَّدَقَةُ**) وقد مرَّ الوجه فيه.

. . . .

فصل

النذرُ قربةٌ مشروعةٌ، أما كونُه قربةً فلِما يلازمُه من القُرَب كالصومِ والصلاةِ والحجِّ والعتْقِ[1] والصدقةِ ونحوها.

وأما شرعيتُه فللأوامرِ الواردةِ بإيفائِه، قال تعالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩]، وقال عليه السلام: «فِ بنذرِكَ»[2]، وقال عليه السلام: «من نَذَرَ وسمَّى فعليه الوفاءُ بما سمَّى»[3]، وقال عليه السلام: «من نَذَرَ أن يطيعَ الله فليُطِعْه»[4]، إلى غيرها من النصوص. وعلى شرعيتِه الإجماعُ.

ولا يصحُّ إلا بقُربةٍ لله تعالى من جنسِها واجبٌ كالقُرب المذكورةِ، ولا يصحُّ بما ليس لله تعالى من جنسِها واجبٌ كالتسبيحِ والتحميدِ وعيادةِ المرضَى وتكفينِ الميِّت وتشييعِ الجِنَازةِ وبناءِ المساجدِ ونحوها.

---

(١) لفظة: «والعتق»: لم ترد في (س)، وأثبتناها من (م).

(٢) أخرجه من حديث عمر البخاري (٢٠٤٢)، ومسلم (١٦٥٦)، وهو في «المسند» (٤٧٠٥)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٨٠).

(٣) سلف تخريجه ص٣٩٥.

(٤) أخرجه من حديث عائشة البخاري (٦٦٩٦)، وهو في «المسند» (٢٤٠٧٥)، و«صحيح ابن حبان» (٤٣٨٧).

ولو نَذَرَ نَذْراً مُطْلَقا فعَليهِ الوَفاءُ به، وكذلكَ إن عَلَّقَه بِشَرطٍ فوُجِدَ. وعن أبي حنيفَةَ آخِراً: أنَّه يُجزِئُه كَفَّارةُ يَمِينٍ إذا كان شَرْطاً ولا يُريدُ وُجُودَه،

والأصلُ فيه أن إيجابَ العبد معتبَرٌ بإيجاب الله تعالى، إذ لا ولايةَ له على الإيجاب ابتداءً، وإنما صحَّحنا إيجابَه في مثل ما أوجَبَه الله تعالى تحصيلاً للمصلحةِ المتعلِّقةِ بالنَّذرِ.

ولا يصحُّ النذرُ بمعصيةٍ، قال عليه السلام: «لا نَذْرَ في معصيةِ الله تعالى»[1].

قال: (ولو نَذَرَ نَذْراً مُطْلَقاً) أي: بغير شرطٍ ولا تعليقٍ كقوله: عَليَّ صومُ شهرٍ أو نحوِه (فعَليهِ الوَفاءُ به) لما تقدّم.

(وكذلكَ إن عَلَّقَه بِشَرطٍ فوُجِدَ) لأن المعلَّق بالشرطِ كالمنجَّزِ عندَه، ولأن النذرَ موجودٌ نظراً إلى الجزاء، والجزاءُ هو الأصلُ، والشرطُ تَبَعٌ، واعتبارُ الأصل أولى فصار كالمنجَّزِ.

(وعن أبي حنيفَةَ آخِراً: أنَّه يُجزِئُه كَفَّارةُ يَمِينٍ إذا كان شَرْطاً ولا يُريدُ وُجُودَه) كقوله: إن كلمتُ فلاناً أو دخلتُ الدارَ فعليَّ صومُ سنةٍ أو صدقةُ ما أملكُ، وهو قولُ محمد، واختارَه بعضُ المشايخ للبلوى

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٩٢)، والترمذي (١٥٢٥)، والنسائي ٧/ ٢٦، وهو في «المسند» (٢٦٠٩٨) من حديث عائشة، وهو صحيح.

وأخرجه مسلم (١٦٤١) ضمن حديث طويل في آخره من حديث عمران بن حصين. وانظره في «المسند» (١٩٨٦٣) بلفظ: «لا وفاء لنذر في معصية الله، ولا فيما لا يملك ابن آدم».

والضَّرورةِ. ولو أدَّى ما التزمَه يخرجُ عن العُهدةِ أيضاً، لأن فيه معنى اليمين وهو المنعُ، وهو نذرٌ لفظاً فيختارُ أيَّ الجهتين شاء.

ولو كان شرطاً يريدُ وجودَه كقوله: إن شفَى الله مريضي أو قضَى دَيني أو قدمتُ من سَفَري لا يجزئُه إلا الوفاءُ بما سمَّى، لأنه نذرٌ بصيغتِه وليس فيه معنى اليمين.

ولو قال: إن فعلتُ كذا فألفُ درهمٍ من مالي صدقةٌ، ففعل وليس في مُلْكِه إلا مئةُ درهمٍ، لا يلزمُه غيرُها، لأن النذرَ بما لا يملكُ لا يصحُّ.

ولو نذرَ صومَ الأبدِ، فضعُفَ لاشتغالِه بالمعيشةِ أفطَرَ لئلا تختلَّ فرائضُه، ويُفدي كالشيخ الفاني في شهرِ رمضانَ.

ولو نذرَ عدداً من الحجِّ يعلمُ أنه لا يمكنُه، لا يأمرُ غيرَه بالحجِّ عنه لأنه لا يُعرَفُ قَدْرَ الفائت، بخلاف الصوم.

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لو قال: لله عَلَيَّ إطعامُ عشرةِ مساكينَ أو كسوةُ عشرةِ مساكينَ، لا يجزئُه إلا ما يُجزئُ في كفارةِ اليمين لما تقدَّم أنه معتبَرٌ بإيجاب الله تعالى. وقولُه: عَلَيَّ طعامٌ مساكينَ، كقوله: إطعام، لأن الطعام اسمُ عينٍ، وإنما يصحُّ إيجابُ الفعل. وقال أبو يوسف: لو قال: لله عَليَّ طعامٌ، أطعَمَ ما شاء ولو لُقمةً، ولو قال: لله عليَّ نَذْرٌ ونوى الصومَ أو الصدقةَ دون العددِ لَزِمَه في الصومِ ثلاثةُ أيام، وفي الصدقةِ إطعامُ عشرةِ مساكينَ اعتباراً بالواجبِ في كفارةِ اليمين إذ هو الأقلُّ فكان متيقناً.

ولو نَذَرَتْ صومَ أيامِ حيضِها أو قالت: لله عَلَيَّ أن أصومَ غداً، فحاضت فهو باطلٌ عند محمد وزفر، لأنها أضافتِ الصومَ إلى وقتٍ لا يُتصوَّرُ فيه. وقال أبو يوسف: تقضي في المسألةِ الثانية، لأن الإيجابَ صَدَرَ صحيحاً في حالٍ لا ينافي الصومَ ولا إضافته إلى زمانٍ ينافيه، إذ الصومُ متصوَّرٌ فيه، والعَجْزُ بعارِضٍ محتمَلٍ كالمرضِ فتقضيه، وصار كما إذا نَذَرَتْ صومَ شهر، يلزمُها قضاءُ أيامِ حيضِها، لأنه يجوزُ خُلُوُّ الشهر عن الحيضِ، فصحَّ الإيجابُ.

ولو نذرَ صومَ اليومِ الذي يَقْدَمُ فيه فلانٌ، فقدِم ليلاً، لا شيءَ عليه، وكذا لو قدِمَ بعدَ الزوال أو قبلَه وقد أكَلَ عند محمد، لأن المعلَّق بالشرط كالمتكلّم به عند وجودِه. وقال أبو يوسف: يقضي في الفصلين الآخَرين، كما إذا نَذَرَتْ صومَ غدٍ فحاضت. ولو قدِمَ في رمضانَ أو في يومِ الفِطر قضاه، ولا يجزئُه صومُه، لأن الإيجابَ خَرَجَ صحيحاً. ولو نذرَ صلاةَ ركعةٍ وصومَ نصفِ يومٍ صلى ركعتين وصامَ يوماً، لأن الركعةَ صلاةٌ وقُربةٌ في الجملةِ لاشتمالِها على ذِكر الله تعالى والقراءةِ وغيرِها، وكالوتر عند بعضهم، وصومُ نصفِ يوم قربةٌ كإمساكِ غَداة الأضحى، فصحَّ التزامُه، ثم يلزمُه حفظُه وإتمامُه ضرورةَ عدم التجزِّي شرعاً. ولو نذرَ ثلاثَ رَكَعات لزمَه أربعٌ عند أبي يوسفَ وركعتان عند زفر.

ولو نذرَ أن يصلي بغيرِ وضوءٍ فليس بشيءٍ. وعن أبي يوسف: يلزمُه بوضوءٍ لأن إيجابَ أصلِ الصلاةِ صحيحٌ، وذِكْرُ الوصفِ باطل.

ولو نَذَرَ بذَبحِ وَلدِه أو نَحْرِه، لَزِمَه ذَبحُ شاةٍ.

ولو نذرَ أن يصلي بغير قراءةٍ أو عُرياناً صحَّ خلافاً لزفر، ولزمتْه بقراءةٍ مستوراً، لأن الصلاةَ كما ذكر قربةٌ في الجملةِ كالأميِّ ومن لا يقدِرُ على ثوبٍ، فصحَّ الإيجابُ.

قال: (ولو نَذَرَ بذَبحِ وَلدِه أو نَحْرِه، لَزِمَه ذَبحُ شاةٍ) عند أبي حنيفة ومحمد، وكذا النذرُ بذَبح نفسِه أو عبدِه عند محمد. وفي الوالدِ والوالدةِ عن أبي حنيفةَ روايتان، الأصحُّ عدم الصحةِ. وقال أبو يوسف وزفر: لا يصحُّ شيءٌ من ذلك لأنه معصيةٌ فلا يصحُّ. ولهما في الولد مذهبُ جماعةٍ من الصحابةِ كعليٍّ وابن عباسٍ وغيرِهما، ومثلُه لا يُعرَفُ قياساً، فيكون سماعاً، ولأن إيجابَ ذبحِ الولدِ عبارةٌ عن إيجابِ ذبحِ الشاةِ، حتى لو نذرَ ذبحَه بمكةَ يجبُ عليه ذبحُ الشاة بالحَرَم. بيانُه قصةُ الذَّبيح عليه السلام، فإن الله تعالى أوجبَ على الخليلِ عليه السلام ذبحَ ولدِه بقوله: ﴿ٱفْعَلْ مَا تُؤْمَرُ﴾ [الصافات: ١٠٢]، وأبرَّ بذبحِ الشاةِ حيث قال: ﴿قَدْ صَدَّقْتَ ٱلرُّؤْيَآ﴾ [الصافات: ١٠٥]، فيكون كذلك في شريعتِنا، إما لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ أَنِ ٱتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَٰهِيمَ حَنِيفًا﴾ [النحل: ١٢٣]، أو لأن شريعةَ من قَبْلنا تلزمُنا حتى يثبتَ النسخُ. وله نظائرُ: منها إيجابُ المشيِ إلى بيتِ الله تعالى عبارةٌ عن حجٍّ أو عمرةٍ، وإيجابُ الهديِ عبارةٌ عن إيجابِ شاةٍ، ومثلُه كثير، وإذا كان نذرُ ذبحِ الولدِ عبارةً عن ذبحِ شاةٍ لا يكونُ معصيةً بل قربةً، حتى قال الإسبيجابي وغيرُه من المشايخ: إن أرادَ عينَ الذبح وعَرَفَ أنه

معصيةٌ لا يصحُّ، ويؤيده الصومُ في حقِّ الشيخ الفاني معصيةٌ لإفضائه إلى إهلاكِه، ويصحُّ نذرُه بالصوم وعليه الفِديةُ، وجعلَ ذٰلك التزاماً للفديةِ، كذا هٰذا. ولمحمدٍ في النفس والعبد: أن ولايتَه عليهما فوقَ ولايتِه على ولدِه، فكان أولى بالجَواز. ولأبي حنيفة: أن وجوبَ الشاةِ على خلاف القياسِ، عرفناه استدلالاً بقصة[1] الخليل عليه السلام، وإنما ورَدَتْ في الولدِ، فيُقتَصَرُ عليه. ولو نذرَ بلفظِ القتلِ لا يلزمُه شيءٌ بالإجماع، لأن النصَّ وَرَدَ بلفظ الذبحِ، والنحرُ مثلُه، ولا كذٰلك القتلُ، ولأن الذبحَ والنحرَ ورَدَا في القرآن على وجه القُربةِ والتعبدِ، والقتلُ لم يرد إلا على وجه العُقوبةِ والانتقامِ والنهيِ، ولأنه لو نَذَرَ ذبحَ الشاة بلفظِ القتلِ لا يصحُّ، فهٰذا أولى.

❑ ❑ ❑

(١) كذا في (م)، وفي (س): بقضية.

كتاب الحدود

وهي عُقوبة مُقدَّرة وَجَبَتْ حقّاً للهِ تعالى. . . . .

كتاب الحدود

وهي جمع حدٍّ، وهو في اللغة: المنعُ، ومنه الحَدَّاد للبوَّاب، لمنعِه النّاسَ من الدّخول، وحدودُ العَقَار: موانعُ من وقوعِ الاشتراك، وأحدَّت المعتدَّةُ: إذا مَنَعَتْ نفسَها من المَلاذِّ والتنعُّم على ما عُرف، واللفظ الجامعُ المانعُ: حدٌّ، لأنه يجمع معاني الشيءَ ويمنعُ دخولَ غيرِه فيه. وحدودُ الشرع: موانعُ وزواجرُ عن ارتكابِ أسبابها.

(و) في الشرع: (**هي عُقُوبة مُقدَّرة وَجَبَتْ حقّاً للهِ تعالى**) وفيها معنى اللغة على ما بينا.

والقِصاص لا يسمَّى حدّاً لأنه حقُّ العباد، وكذا التعزيرُ لأنه ليس بمقدَّرٍ.

ثبتت شرعيتُه بالكتاب والسنة، أما الكتابُ: قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى﴾ الآية [النور: ٢]، وقوله ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾ الآية [المائدة: ٣٨]، وقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ﴾ الآية [النور: ٤]، وآيةُ المحاربةِ، وغير ذٰلك. والسُّنَّة: حديث ماعزٍ والغامديةِ[(١)] والعَسِيف[(٢)] وغيرِها

---

(١) سلف تخريجه ٢/ ٣١٢.

(٢) سلف تخريجه ٢/ ٣١٢.

من الأحاديثِ المشهورةِ على ما يأتي في أثناء الأبواب إن شاء الله تعالى.

والمعقولُ، وهو أن الطِّباع البشريةَ والشهوةَ النفسانيةَ مائلةٌ إلى قضاء الشهوةِ واقتناصِ الملاذِّ وتحصيلِ مقصودِها ومحبوبِها من الشُّرب والزِّنى، والتشفِّي بالقتلِ، وأخذِ مالِ الغير، والاستطالةِ على الغيرِ بالشَّتمِ والضربِ خصوصاً من القويِّ على الضعيف، ومن العالي على الدَّنيءِ، فاقتضتِ الحكمةُ شَرْعَ هٰذه الحدود حسماً لهٰذا الفساد، وزجراً عن ارتكابِه، ليبقى العالَمُ على نظمِ الاستقامةِ، فإن إخلاءَ العالَمِ عن إقامةِ الزواجرِ يؤدِّي إلى انخرامِه، وفيه من الفسادِ ما لا يخفى، وإليه الإشارةُ بقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]. ومن كلام حُكماء العرب: القتلُ أنفَى للقتل.

قال: (الزِّنى: وَطْءُ الرَّجُلِ المَرأةَ في القُبُلِ في غير المُلْكِ وشُبهَتِه) أما الأوّل فلعمومِه مواردَ استعمال اسم الزنى، فإنه متى قيل: فلانٌ زنى، يُعلَمُ أنه وَطِئَ امرأةً في قُبُلها وَطْئاً حراماً، ألا ترى أن ماعزاً لمَّا فسَّر الزنى بالوطْءِ في القُبُل حراماً كالمِيْل في المُكْحُلةِ حدَّه النبيُّ ﷺ.

وأما كونُه في غير المِلْكِ، فلأن الملكَ سببٌ للإباحة، فلا يكون زنًى.

وأما عدمُ الشُّبهة، فلقوله عليه السلام: «ادرؤوا الحدودَ بالشُّبُهات»(١)

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣١٩ وعزاه للحارثي في «مسند أبي حنيفة» من طريق محمد بن بشر، حدثنا أبو حنيفة، عن=

ويَثبُتُ بالبيِّنَةِ والإقرارِ. والبيِّنةُ: أن يَشْهَدَ أربعةٌ على رَجُلٍ وامرأةٍ بالزِّنى، فإذا شَهِدُوا يَسألُهمُ القاضي عن ماهِيَّتِه وكَيفِيَّتِه ومكانِه وزَمانِه والمَزْنِيِّ بها،

ولا بدَّ فيه من مُجاوزةِ الخِتانِ الخِتانَ، ولأن المخالطة بذلك تتحقَّقُ، وما دون ذلك ملامَسَةٌ لا يتعلقُ بها أحكامُ الوطْءِ من غُسْلٍ وكفّارةٍ وصومٍ وفسادِ حجٍّ.

قال: (**ويَثبُتُ بالبيِّنَةِ والإقرارِ**) لأنهما حُجَجُ الشرع، وبهما تثبتُ الأحكام على ما مرَّ في الدعاوى، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾ [النور: ٤] دليلٌ على أن الزِّنى الذي رَمَوهم به يثبتُ إذا أتَوا بأربعةِ شهداءَ، حتى يسقطَ عنهم حدُّ القذف وهي البينةُ. وأما الإقرار فالصدقُ فيه راجحٌ، لأنه إقرارٌ على نفسِه، وفيه مضرَّةٌ على نفسِه، وبه رَجَمَ ﷺ ماعزاً، والعِلْمُ القطعيُّ متعذِّرٌ في حقِّنا، فيكتفَى بالظاهرِ الراجحِ.

(**والبيِّنةُ: أن يَشْهَدَ أربعةٌ على رَجُلٍ وامرأةٍ بالزِّنى**) لما تَلَونا، ولقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ﴾ [النساء: ١٥]، شَرَطَ الأربعةَ، وللحديث الذي تقدَّم في اللعان.

(**فإذا شَهِدُوا يَسألُهمُ القاضي عن ماهِيَّتِه وكَيفِيَّتِه ومكانِه وزَمانِه والمَزْنِيِّ بها**) لأن في ذلك احتيالاً للدَّرءِ المندوبِ إليه بقوله عليه

= مقسم، عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات».
قلنا: لكن شيخ الحارثي وهو أبو سعيد إبّاء بن جعفر كذبه ابن حبان.
وانظر ما بعده.

. . . .

السلام: «ادرؤوا الحُدودَ ما استطعتُم»[1]. أما السؤالُ عن ماهيتِهِ

(١) أخرجه من حديث عائشة الترمذي في «سننه» (١٤٢٤)، وفي سنده يزيد ابن زياد الدمشقي، وهو متروك.

وقال الترمذي: هٰذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة، عن يزيد بن زياد الدمشقي، عن الزهري. ويزيد بن زياد ضعيف في الحديث، ورواه وكيع عن يزيد بن زياد ولم يرفعه، وهو أصح. ثم أخرجه عن وكيع، عن يزيد، به موقوفاً.

وقد صح عن ابن مسعود موقوفاً من قوله، أخرجه البيهقي ٨/ ٢٣٨ من طريق وكيع، عن سفيان، عن عاصم، عن أبي وائل، عن عبد الله بن مسعود قال: ادرؤوا الجلد والقتل عن المسلمين ما استطعتم. وهٰذا سند حسن موصول من قول ابن مسعود.

ورواه مسدد كما في «إتحاف الخيرة» (٤٧٧٩): حدثنا يحيى بن سعيد، عن شعبة، عن عاصم، عن أبي وائل، عن عبد الله بن مسعود قال: ادرؤوا الحدود عن عباد الله عز وجل.

ورواه عبد الرزاق (١٣٦٤٠) عن الثوري ومعمر، عن عبد الرحمٰن بن عبد الله، عن القاسم بن عبد الرحمٰن قال: قال ابن مسعود: ادرؤوا الحدود والقتل عن عباد الله ما استطعتم.

وله شاهد مرفوع من حديث علي بن أبي طالب، رواه الدارقطني (٣٠٩٨)، والبيهقي ٨/ ٢٨٣ وسنده ضعيف.

وأخرج ابن أبي شيبة (٨٥٤٢) عن هشيم عن منصور بن زاذان، عن الحارث ابن يزيد العكلي، عن إبراهيم النخعي قال: قال عمر بن الخطاب لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها في الشبهات. ورجاله ثقات لٰكنه منقطع بين إبراهيم وبين عمر. =

فإذا بيَّنُوا ذٰلكَ، وذَكَرُوا أنها مُحَرَّمةٌ عليه من كُلِّ وجهٍ، وشهِدُوا به كالمِيلِ في المُكْحُلَةِ، وعُدِّلُوا في السِّرّ والعلانِيَةِ حَكَم به، . . . .

وكيفيتِه فلاحتمال أنه اشتبَه عليه فظنَّ غيرَ الزِّنى زنًى، فإن ما دون الزنى يسمَّى زنًى مجازاً، قال عليه السلام: «العينانِ تَزنيان، واليدانِ تَزنيان، والرِّجلان تزنيانِ، ويحقِّقُ ذٰلك الفَرْجُ»(١). وأما السؤالُ عن المكانِ والزمانِ فلاحتمال أنه زَنَى في دار الحربِ أو في زمانِ الصِّبا، أو في المتقادمِ من الزمان، فيسقطُ الحدُّ على ما يأتي إن شاء الله تعالى. وأما السؤالُ عن المَزْنيِّ بها لاحتمال أنها ممن تحِلُّ له أو له فيها شبهةٌ لا يعرفُها الشهود، فإن سألهم فقالوا: لا نزيدُ على هٰذا، لا يُحَدُّون، لأنهم شهدوا بالزنى وهم أربعةٌ وما قَذَفوا.

قال: (**فإذا بيَّنُوا ذٰلكَ، وذَكَرُوا أنها مُحَرَّمةٌ عليه من كُلِّ وجهٍ، وشهِدُوا به كالمِيلِ في المُكْحُلَةِ، وعُدِّلُوا في السِّرّ والعلانِيَةِ حَكَم به**)

= وذكر السخاوي في «المقاصد الحسنة» ص٣٠ أن ابن حزم أخرجه في كتاب «الإيصال» بسند صحيح.

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (٨٨٤٣)، وابن حبان في «صحيحه» (٤٤١٩) من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «العينان تزنيان، واللسان يزني، واليدان تزنيان، والرجلان تزنيان، يحقق ذٰلك الفرج أو يكذبه».

وأخرجه البخاري (٦٢٤٣)، ومسلم (٢٦٥٧)، وهو في «المسند» (٧٧١٩)، و«صحيح ابن حبان» (٤٤٢٠) من طريق طاووس عن ابن عباس قال: لم أر شيئاً أشبه باللمم مما قال أبو هريرة عن النبي ﷺ: «إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنى، أدرك ذٰلك لا محالة، فزنى العينين النظر، وزنى اللسان النُّطق، والنفس تَمَنَّى وتشتهي، والفرج يُصدق ذٰلك كلّه ويُكذِّبُه».

فإن نَقَصُوا عن أربعةٍ فهم قَذَفَةٌ، وإن رَجَعُوا قَبْلَ الرَّجْمِ سَقَطَ وحُدُّوا، وإن رَجَعُوا بعد الرَّجْمِ يَضْمَنُونَ الدّيَةَ، وإن رَجَعَ واحدٌ فرُبُعُها، . . . .

لثبوتِه بالبينة. وكيفيةُ التعديل ذكرناه في الشهادات، ولم يكتفِ أبو حنيفة بظاهرِ العدالةِ في الحُدود احتياطاً للدَّرْء المندوب إليه.

(**فإن نَقَصُوا عن أربعةٍ فهم قَذَفَةٌ**) يُحدُّون للقذفِ إذا طلب المشهودُ عليه، لأنه تعالى أوجَبَ الحدَّ عند عدم شهادةِ الأربع، وكذلك إن جاؤوا متفرِّقين إلا أن يكون في مجلسٍ واحدٍ في ساعةٍ واحدةٍ، لأن قولهم احتَمَل أن يكون شهادةً، واحتمل أن يكون قَذْفاً، وإنما تتميزُ الشهادةُ عن القذفِ إذا وقعت جملةً، ولا يمكن ذلك دَفعةً واحدةً منهم، فاعتبرنا اتحادَ المجلس. وإن شهِدوا أنه زَنى بامرأةٍ لا يعرفونها لم يُحَدَّ، لقيام الشبهةِ لاحتمال أنها زوجتُه أو أمَتُه.

قال: (**وإن رَجَعُوا قَبْلَ الرَّجْمِ سَقَطَ وحُدُّوا**) أما سقوطُ الحدِّ فلِبُطلان الشهادةِ بالرجوع، وأما وجوبُ الحدِّ عليهم فلأنهم قَذَفَةٌ.

(**وإن رَجَعُوا بعد الرَّجْمِ يَضْمَنُونَ الدّيَةَ**) لأنهم تسبَّبوا إلى قتلِه، والمسبِّب تجبُ عليه الدِّيةُ، كحافرِ البئرِ.

(**وإن رَجَعَ واحدٌ فرُبُعُها**) لأنه تَلِفَ بشهادتِه ربعُ النفس، أو نقول: بقي مَن يبقى بشهادتِه ثلاثةُ أرباع الحقِّ، فيكون التالفُ بشهادتِه ربعُ الحقِّ، ولا وجه إلى وجوب القِصاص، لأنه مسبِّبٌ ولا قِصاصَ على المسبِّب، ويُحدُّ حدَّ القذف مع الدِّيةِ خلافاً لزفر، لأنه قَذَفَ حيّاً ومات

وإن شَهِدُوا بزِنًى مُتقادِمٍ لم يَمنَعْهُم عن إقامتِه بُعْدُهم عن الإمام لم تُقْبَلْ.

فبَطَلَ. وإن[1] كان قَذَفَ ميتاً، فقد رُجم بقضاءٍ فأورَثَ شُبهةً. ولنا: أن الشهادة إنما تصيرُ قَذْفاً بالرُّجوع، فيُجعل قاذفاً للميتِ حالةَ الرُّجوع، فقد بَطَلَتِ الحجةُ فيبطلُ القضاءُ الذي يُبتنَى عليها، فلا يورِثُ شُبهةً.

وإن رجعوا بعدَ الجَلْدِ فالحَدُّ لما مرَّ، ولا يَضمنون أرْشَ السِّياط، وكذلك إن ماتَ من الجلدِ، وقالا: يَضمنون. وإن رجع واحدٌ فعليه رُبعُ الأرْشِ، وإن مات فرُبعُ الدِّيةِ لأنه من الجَلْد وقد حصل بسبب الشهادةِ. فكان الشاهد هو الموجِبُ كما في الرجم. ولأبي حنيفة: أن أَثَرَ الضربِ والموتِ ليس موجَبَ الشهادة، لأن الجلدَ قد يؤثِّر ولا يؤثِّر، وقد يموتُ منه ولا يموت، ولو كان موجَبَ الشهادةِ لما انفكَّ عنها كما في الرجم، وإذا لم يكن موجَبَ الشهادة لا يلزمُ الشاهدَ ضمانُه، ولأنه لو وجَبَ إما أن يجبَ على الشاهدِ ولا وجه له لما بينا، أو على الجلادِ ولا وجه له أيضاً لأنه مأذونٌ في فعلِه لا على وجه البَدَل، ولم يتعمَّدْ تجاوزَ ما أُمر به، كمُعين القَصَّار، ولأنا لو أوجبناه عليه لامتَنَع الناسُ من ذلك وفيه ضررٌ جليٌّ، أو على بيتِ المال، ولا وجه له، لأن الحُكم غيرُ موجِبٍ له، لأنه ينفكُّ عنه غالباً فلا يجبُ كما قلنا في الشاهد.

قال: (**وإن شَهِدُوا بزِنًى مُتقادِمٍ لم يَمنَعْهُم عن إقامتِه بُعْدُهم عن الإمام لم تُقْبَلْ**) لما روي أن عمر خَطَبَ فقال: أيُّما شهودٍ شهدوا بحدٍّ

---

(١) كذا في (م)، وفي (س): أو إن.

. . . .

لم يشهدوا عندَ حضرتِه، فإنما هم شهودُ ضِغْنٍ لا تُقبَلُ شَهادتُهم[1]، ولأنها شهادةٌ تمكَّنت فيها تُهمةٌ فتبطُلُ. بيانه: أن الشهود إذا عايَنوا الفاحشةَ فهم بالخِيار، إن شاؤوا شهِدوا به حِسْبةً لإقامة الحدِّ، وإن شاؤوا سَتَروا على المسلمِ حِسْبةً أيضاً، فإن اختاروا الأداءَ حَرُمَ عليهم التأخيرُ، لأن تأخيرَ الحدِّ حرامٌ، فيُحمل تأخيرُهم على السِّتْر حِسْبةً، حملاً لحالهم على الأحسن، فإذا أخَّروا ثم شهِدوا اتُّهِموا أنهم إنما شهدوا لضغينةٍ حملتْهم على ذٰلك، كما قال عمرُ رضي الله عنه، وإن كان تأخيرُهم لا لحسبةِ السِّترِ ثَبَتَ فسقُهم ورُدَّت شَهادتُهم، بخلاف الإقرارِ، لأن الإنسان لا يُعادي نفسَه، فلا يُتَّهم. ثم التقادمُ في الحدودِ الخالصةِ لله تعالى يمنعُ قَبولَ الشهادة إلا إذا كان التأخيرُ لعذرٍ كبُعد المسافة أو مرضٍ ونحو ذٰلك، فحَدُّ الزِّنى والشربِ والسَّرقةِ خالصُ حقِّ الله تعالى، حتى يصحُّ رجوع المُقِرِّ عنها، فيكون التقادُم فيها مانعاً. وحدُّ القذف فيه حقُّ العبد لما فيه من دفعِ العارِ عنه، ولهٰذا يوقَفُ على دعواه ولا يصحُّ الرجوع فيه، فالتقادمُ فيه لا يمنعُ قَبول الشهادة، لأن الدَّعوى فيه شرطٌ، فاحتُمل أن تأخيرَهم لتأخير الدَّعوى، فلا يتَّهمون في ذٰلك.

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٢٠ فقال: أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل»: حدثنا أبو يوسف، عن الحسن بن عمارة، عن سعيد بن أبي بردة، عن أبيه، عن عمر، فذكره.

والإقرارُ: أن يُقِرَّ العاقِلُ البالغُ أربَعَ مَرَّاتٍ في أربعةِ مجالِسَ يرُدُّه القاضِي في كُلِّ مَرَّةٍ حتى لا يَرَاهُ، ثُمَّ يسألُه كما يَسألُ[1] الشُّهُودَ إلا عن الزّمانِ، فإذا بَيَّنَ ذٰلك لَزِمَه الحَدُّ. . . . .

ولا يلزم حدُّ السرقةِ لأن الدعوى شرطٌ للمال لا للحدِّ. لأن الحدَّ خالصُ حقِّ الله تعالى، ولأن السرقةَ تكون في السرِّ والخُفية من المالِكِ، فيجبُ على الشاهد إعلامُه، فبالتأخير يفسُقُ أيضاً.

وأما حدُّ التقادُم فأبو حنيفة لم يقدِّر في ذٰلك، وفوَّضه إلى رأي الإمام كما هو دأبُه. روى المعلَّى عن أبي يوسف قال: جَهِدْنا بأبي حنيفة أن يوقِّت في التقادُم شيئاً فأبى، لأن التقادمَ يختلفُ باختلاف الأحوالِ والأعذارِ فيردُّه إلى اجتهاد الحاكم. وروى الحسنُ ومحمد عن أبي حنيفةَ: أنهم إذا شهِدوا بعدَ سنةٍ لم تُقبل شهادتُهم، وهٰذا لا ينافي الأوّلَ لأنه جعل السَّنَة تقادُماً، ولم يمنع ما دونَها. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا شهدوا بعد مُضيِّ شهرٍ فهو تقادمٌ لأنه في حُكم البعيد، وما دونَه في حُكم القريب، فوجب أن يقدَّرَ التقادُمُ به إذا لم يكن عُذْراً. وعن الطحاوي: ستةُ أشهر.

(**والإقرارُ: أن يُقِرَّ العاقِلُ البالغُ أربَعَ مَرَّاتٍ في أربعةِ مجالِسَ يرُدُّه القاضِي في كُلِّ مَرَّةٍ حتى لا يَرَاهُ، ثُمَّ يسألُه كما يَسألُ[1] الشُّهُودَ إلا عن الزّمانِ، فإذا بَيَّنَ ذٰلك لَزِمَه الحَدُّ**) أما اشتراطُ العقلِ والبلوغِ فلأنهما شرطٌ للتكاليف، وأما اشتراطُ الأربعِ فلما روي أن ماعزَ بنَ مالكٍ أقرَّ

---

(١) في (س): سأل، والمثبت من (م).

. . . .

عند النبيِّ عليه السلام فأعرَضَ عنه، فعادَ فأقرَّ، فأعرضَ عنه، فعاد الثالثةَ فأقرَّ، فأعرض عنه، فعاد الرابعةَ فأقرَّ، فقال عليه السلام: «الآنَ أقررتَ أربعاً، فبمَن؟»[1] وفي رواية: فأعرَضَ عنه حتى خَرَج من المسجدِ ثم عاد[2].

---

(١) أخرجه بهٰذا اللفظ من حديث نعيم بن هزال أبو داود (٤٤١٩)، وهو في «المسند» (٢١٨٩٠). وهو صحيح لغيره، وانظر تمام تخريجه فيه.

وقصة رجم ماعز، بغير هٰذا الحرف هي في «الصحيحين» وغيره، وقد سلف تخريجه ٢/ ٣١٢.

(٢) أخرج ابن حبان في «صحيحه» (٤٤٠٠) من حديث أبي هريرة قال: جاء ماعز بن مالك إلى رسول الله ﷺ فقال: إن الأبعد قد زنى، فقال له النبي ﷺ: «ويلك، وما يدريك ما الزنى؟» ثم أمر به فطرد، وأخرج، ثم أتاه الثانية، فقال: يا رسول الله، إن الأبعد قد زنى، فقال: «ويلك، وما يدريك ما الزنى، فطرد وأخرج، ثم أتاه الثالثة، فقال: يا رسول الله، إن الأبعد قد زنى، قال: «ويلك، وما يدريك ما الزنى؟» قال: أتيت امرأة حراماً، مثل ما يأتي الرجل من امرأته، فأمر به فطرد، وأُخرج، ثم أتاه الرابعة، فقال: يا رسول الله، إن الأبعد قد زنى، قال: «ويلك، وما يدريك ما الزنى؟» قال: «أَدْخَلْتَ وأخْرجتَ؟» قال: نعم. فأمر به أن يرجم. . . الحديث. وإسناده ضعيف.

وأخرج مسلم (١٦٩٥) (٢٣) من حديث بريدة: أن ماعز بن مالك الأسلمي أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إني قد ظلمت نفسي وزنيت، وإني أريد أن تطهرني، فرده. فلما كان من الغد أتاه فقال: يا رسول الله، إني قد زنيت، فرده الثانية، فأرسل رسول الله ﷺ إلى قومه، فقال: «أتعلمون بعقله بأساً تنكرون=

. . . .

والتمسكُ به من وجوه:

أحدُها: أن الحدَّ لو وَجَبَ بالمرَّةِ الواحدةِ لم يؤخِّرْه إلى الرابعةِ، لأنه لا يجوزُ تأخيرُ الحدِّ إذا وَجَبَ، قال عليه السلام: «ما ينبغي لِوالي أمرٍ[١] أُتي في حدٍّ من حدود الله تعالى إلا أقامه»[٢].

الثاني: أن قولَه عليه السلام: «الآن أقررتَ أربعاً»[٣]. دليلٌ على أنَّ الموجِبَ هو الإقرارُ أربعاً، هٰذا هو المفهومُ من فحوى هٰذا الكلام.

=منه شيئاً» فقالوا: ما نعلمه إلا وَفِيَّ العقل من صالحينا، فيما نُرى، فأتاه الثالثة... فلما كان الرابعة حفر له حفرة ثم أمر به فرجم... الحديث.

وانظر ما قبله.

(١) في الأصلين: «حدٌّ»، والتصويب من مصادر التخريج.

(٢) حديث حسن بشواهده أخرجه ضمن حديث مطول عن عبد الله بن مسعود أحمدُ في «مسنده» (٣٩٧٧).

وله شاهد من حديث ابن عمر، أخرجه أحمد في «مسنده» (٥٣٨٥) بلفظ: «من حالت شفاعته دون حدٍّ من حدود الله، فقد ضاد الله في أمره». وصححه الحاكم. قال الحافظ في «الفتح» ١٢/ ٨٧: أخرجه ابن أبي شيبة من وجه آخر أصح منه عن ابن عمر موقوفاً.

وآخر من حديث عبد الله بن عمرو عند أبي داود (٤٣٧٦)، والنسائي في «المجتبى» ٨/ ٧٠ بلفظ: «تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حد، فقد وجب» وإسناده حسن.

وذكر الحافظ ابن حجر شواهد أخرى له في «الفتح» ١٢/ ٨٧-٨٨.

(٣) هو حديث ماعز السالف قبل هٰذا.

. . . .

الثالث: ما رُوي أن أبا بكرٍ رضي الله عنه لما أقرَّ الثالثةَ قال له: إن أقررتَ الرابعةَ رَجَمَك رسولُ الله[1]، وهٰذا دليلٌ على أنهم علِموا أن الرابعةَ شرطٌ لوجوب الرَّجْمِ، ومثل هٰذا لا يُعلَم إلا توقيفاً. وكذٰلك روي عن بُريدةَ[2] أنه قال: كنا نتحدّثُ بين يدي رسولِ الله ﷺ أنَّ ماعزاً لو قَعَدَ في بيتِه بعدَ المرةِ الثالثةِ ولم يُقِرَّ، لم يرجُمْه ﷺ[3]. وهٰذا دليلٌ على أنهم عَرَفوه شريعةً قبل رجمِ ماعزٍ. ولأن الزنى اختُصَّ بزيادةِ تأكيدٍ لم يجبْ في غيرِه من الحدود إعظاماً لأمرِه وتحقيقاً لمعنى السِّتْرِ، كزيادةِ عدد الشهودِ، والسؤالِ عن حال المقِرِّ، فيناسبُ أن يُختصَّ بزيادةِ العددِ في الأقارير أيضاً.

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (٤١)، وهو حديث صحيح لغيره. وانظر تمام تخريجه وشواهده فيه.

وانظر لاحقيه.

(٢) في «الأصلين»: «أبي بريدة»، وهو خطأ، والتصويب من «تخريج أحاديث الاختيار» لابن قطلوبغا ص٣٢١، و«مسند الإمام أحمد».

(٣) أخرجه أحمد مطولاً من حديث بريدة (٢٢٩٤٢)، وفي آخره: قال بريدة: كنا نتحدث ـ أصحاب النبي ﷺ ـ بيننا أن ماعز بن مالك لو جلس في رحله بعد اعترافه ثلاث مرار، لم يطلبه، وإنما رجمه عند الرابعة. وهٰذه الزيادة تفرد بها بشير بن المهاجر وهو ضعيف. وهو بالطريق نفسه عند أبي داود (٤٤٣٤) عن بريدة قال: كنا أصحاب رسول الله ﷺ نتحدث أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما ـ أو قال: لو لم يرجعا بعد اعترافهما ـ لم يطلبهما، وإنما رجمهما عند الرابعة.

. . . .

واشتراطُ اختلافِ المجالس لما روينا، ولأن اتحادَ المجلسِ يؤثِّرُ في جميع المتفرِّقات، فتثبتُ شبهةُ الاتحاد في الإقرارِ، والمعتبَرُ اختلافُ مجلسِ المقِرِّ، لأن الإقرارَ قائمٌ به دون القاضي.

فإذا أقرَّ أربعاً على ما وصفنا يسأل القاضي عن حالِه، لما روي أنه عليه السلام قال لماعز: «أبكَ داءٌ؟ أبكَ خَبَلٌ؟ أبك جُنون؟» فقال: لا. وبَعَثَ إلى قومِه فسألهم: «هل تُنكِرون من حالِه شيئاً؟» قالوا: لا، فأمَرَ فرُجِم[1].

فإذا عَرَفَ صحَّةَ عقلِه سأله عن الزنى، لما تقدَّم في الشهود، ولاحتمال أنه وَطِئَها فيما دون الفَرْج واعتَقَدَه زنًى، ولأنه عليه السلام قال لماعز: «لعلَّكَ لَمَسْتَ، لعلكَ قبَّلْتَ، لعلكَ باشَرْتَ» فلما ذكر ماعزٌ النونَ والكافَ قَبلَ إقرارَه[2].

ويسألُه عن المَزنيِّ بها، لأنه عليه السلام قال لماعز: «فبمن؟»[3] ولجوازِ أنه وَطِئَ مَن لا يجبُ الحدُّ بوَطْئِها كجاريةِ الابنِ والجاريةِ المشتَرَكةِ ونحوِهما وهو لا يعلمُ ذلك.

---

(١) سلف تخريجه ٢/ ٣١٢. وانظر ما سلف ص٤٦٠ التعليق (٢).

(٢) أخرجه البخاري (٦٨٢٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: لما أتى ماعز بن مالك النبي ﷺ قال له: «لعلك قبَّلتَ أو غمزتَ أو نظرت؟»، قال: لا يا رسول الله، قال: «أنكتها؟» ـ لا يكنِّي ـ، قال: فعند ذلك أمر به فرجم.

(٣) وهو قطعة من حديث نعيم بن هزال السالف تخريجه ص٤٦٠.

فإذا رَجَعَ عن إقرارِه قَبْلَ الحَدِّ أو في وَسَطِه خُلِّي سبيلُه. . . . .

ويسألُه عن المكان لما بينا، ولا يسأله عن الزَّمان، لأنَّ التقادُم لا يمنعُ قَبولَ الإقرار لما بينا. وقيل: يسألُه لجَواز أنه زنَى حالةَ الصِّغَر، فإذا بيَّن ذٰلك لَزِمه الحدُّ لتمام الحُجَّة ولما روينا.

قال: (**فإذا رَجَعَ عن إقرارِه قَبْلَ الحَدِّ أو في وَسَطِه خُلِّي سبيلُه**) لأن رُجوعَه إخبارٌ يحتملُ الصِّدقَ كالإقرار، ولا مكذِّب له، فتحققتِ الشبهةُ لتعارُض الإقرارِ بالرجوعِ، بخلاف القِصاص وحدِّ القذف لأنه حقُّ العبد، فإنه يكذِّبُه فلا معارِضَ للإقرار الأوّل. وروي أن ماعزاً لما مَسّه حرُّ الحجارة هَرَبَ، فذُكر ذٰلك للنبيِّ ﷺ، فقال: «هلاّ خلَّيتُم سبيلَه»[1] فجَعَلَ الهربَ الدالَّ على الرجوع مُسْقِطاً للحدِّ، فلأن يسقُطَ بصريحِ الرُّجوع أولى.

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٢٢ وقال: أخرجه الحارثي في «مسند أبي حنيفة» عنه، عن علقمة بن مرثد، عن ابن بريدة، عن أبيه: أن ماعز بن مالك أتى النبي ﷺ. . . فذكر الحديث، وفيه: فلما أبطأ عليه الموت، انصرف إلى مكان كثير الحجارة، فقام فيه فأتاه المسلمون فرضخوه بالحجارة حتى قتلوه فبلغ ذٰلك النبي ﷺ فقال: «هلا خليتم سبيله» الحديث.

وفي حديث نعيم بن هزال عند أحمد (٢١٨٩٠) وأبي داود (٤٤١٩): أن النبي ﷺ أمر به أن يرجم بعد الإقرار، فأخرج به إلى الحرة، فلما رجم، فوجد مس الحجارة، جزِع، فخرج يشتد، فلقيه عبدُ الله بنُ أنيس وقد أعجز أصحابه، فنزع له بوظيف بعير، فرماه به، فقتله، قال: ثم أتى النبي ﷺ، فذكر ذٰلك له، فقال: «هلاَّ تركتموه لعله يتوب، فيتوب الله عليه». وسنده حسن.

ويُستحَبُّ للإمامِ أن يُلَقِّنَه الرُّجوعَ كقولِه له: لعلَّكَ وَطِئْتَ بشُبهةٍ، أو قَبَّلْتَ، أو لَمَستَ.

قال: (ويُستحَبُّ للإمامِ أن يُلَقِّنَه الرُّجوعَ كقولِه له: لعلَّكَ وَطِئْتَ بشُبهةٍ، أو قَبَّلْتَ، أو لَمَستَ) لما روينا واحتيالاً للدَّرْء. وروي أنه عليه السلام أُتي بسارقٍ فقال له: «ما إخالُه سَرَقَ»[1] وفيه دليلٌ على جوازِ التلقين وعلى سقوطِ الحدِّ بالرجوع، وإلا لَمَا أفاد التلقينُ.

وإذا أقر الخَصِيُّ بالزنى يُحدُّ لأنه قادرٌ على الإيلاج لسلامة آلتِه. ولو أقرَّ المجبوبُ لا يُحدُّ لكذبِه قطعاً، وكذلك الشهادةُ عليهما. ولا يحدُّ الأخرسُ بالإقرارِ إشارةً للشبهة.

وإذا أقرَّ أنه زنى بامرأةٍ غائبةٍ أقيم عليه الحدُّ استحساناً، والقياسُ أن لا يُحدّ حتى تحضُرَ، لجواز أنها تدَّعي شبهةً لسقوط الحدِّ. وجه الاستحسان: أن ماعزاً أقرَّ بالزنى بامرأةٍ غائبةٍ، فرجمه ﷺ قَبْلَ إحضارِها.

المقضيُّ برجمِه إذا قَتَلَه إنسانٌ أو فقأ عينيه لا شيءَ عليه، ولو قَتَلَه قَبْلَ القضاء يجبُ القِصاصُ في العمدِ والديةُ في الخطأ، لأنه إنما يصيرُ مباحَ الدَّمِ بالقضاء.

---

(١) أخرجه من حديث أبي أمية أبو داود (٤٣٨٠)، وابن ماجه (٢٥٩٧)، والنسائي ٨/ ٦٧، وهو في «المسند» (٢٢٥٠٨). وهو صحيح لغيره.
وله شاهد من حديث أبي هريرة عند الطحاوي ٣/ ١٦٨، والدارقطني (٣١٦٣)، والحاكم ٤/ ٣٨١، والبيهقي ٨/ ٢٧٥-٢٧٦. وإسناده صحيح.

فصل

وحَدُّ الزَّاني إن كان مُحْصَناً الرَّجْمُ بالحجارةِ حتَّى يمُوتَ، . . . .

فصل

(وحَدُّ الزَّاني إن كان مُحْصَناً الرَّجْمُ بالحجارةِ حتَّى يمُوتَ) لحديث ماعزٍ أنه عليه السلام رجمَه وكان محصَناً. وقال عليه السلام: «لا يحِلُّ دمِ امرئٍ مسلمٍ إلا بثلاثٍ» وذَكَر منها: «أو زنى بعدَ إحصان»[1] والنبي عليه السلام رَجَمَ الغامدية[2]. وعن عمرَ رضي الله عنه أنه قال: مما أنزلَ اللهُ آيةَ الرَّجْم: «الشيخُ والشيخةُ إذا زَنَيا فارجُموهما البتة»[3] وهٰذا مما قالوا: إنه قرآنٌ نُسِخ لفظُه وبقي معناه، وعلى ذٰلك إجماعُ العلماء.

---

(١) أخرجه بهٰذا اللفظ من حديث عثمان أبو داود (٤٥٠٢)، وابن ماجه (٢٥٣٣)، والترمذي (٢١٥٨)، وهو في «المسند» (٤٣٧).

وهو عند البخاري (٦٨٧٨)، ومسلم (١٦٧٦)، وهو في «المسند» (٣٦٢١) و«صحيح ابن حبان» (٤٤٠٧) من حديث عبد الله بن مسعود بلفظ: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إلـه إلا الله، وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمارق من الدين التارك الجماعة».

(٢) سلف تخريجه ٢/ ٣١٢.

(٣) أخرج مالك في «الموطأ» ٢/ ٨٢٤ عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب أنه سمعه يقول: لما صدر عمر بن الخطاب من منى أناخ بالأبطح. . . ثم قال: إياكم أن تهلكوا عن آية الرجم، أن يقول قائل: لا نجد حدَّين في كتاب الله، فقد رجم رسول الله ﷺ ورجمنا، والذي نفسي بيده، لولا أن يقول الناس: زاد عمر بن الخطاب في كتاب الله تعالى، لكتبتها: «الشيخ والشيخة فارجموها البتة» فإنا قد قرأناها.

=

. . . .

= وقال الإمام البخاري في «صحيحه» (٦٨٢٩) في الحدود ـ باب الاعتراف بالزنى: حدثنا علي بن عبد الله، حدثنا سفيان، عن الزهري، عن عبيد الله، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال عمر: لقد خشيت أن يطول بالناسِ زمان، حتى يقول قائل: لا نجد الرجم في كتاب الله، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، ألا وإن الرجم حق على من زنى وقد أحصن، إذا قامت البينة، أو كان الحمل أو الاعتراف. قال سفيان، هو ابن عيينة: كذا حفظت ـ ألا وقد رجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده.

قلنا: قال ابن حجر في «الفتح» ١٢/١٤٣: وقد أخرجه الإسماعيلي من رواية جعفر الفِريابي عن علي بن عبد الله شيخ البخاري فيه، فقال بعد قوله: أو الاعتراف: وقد قرأناها «الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة» وقد رجم رسول الله ﷺ ورجمنا معه، فسقط من رواية البخاري من قوله: «وقرأ» إلى قوله: «البتة»، ولعل البخاري هو الذي حذف ذٰلك عمداً، فقد أخرجه النسائي في «الكبرى» (٧١١٨) عن محمد بن منصور، عن سفيان كرواية جعفر، ثم قال: لا أعلم أحداً ذكر في الحديث: «الشيخ والشيخة» غير سفيان، وينبغي أن يكون وهم في ذٰلك، قال الحافظ: وقد أخرج الأئمة هٰذا الحديث من رواية مالك ويونس ومعمر وصالح بن كيسان وعقيل وغيرهم من الحفاظ عن الزهري فلم يذكروها.

وأخرج أحمد في «مسنده» (٢١٥٩٦) من طريق كثير بن الصلت، قال: كان سعيد بن العاص وزيد بن ثابت يكتبان المصاحف، فمرُّوا على هٰذه الآية، فقال زيد: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة». فقال عمر: لما أُنزلت أتيتُ رسولَ الله ﷺ فقلت: أكتِبْنيها. قال شعبة ـ وهو راوي الحديث ـ فكأنه كره ذٰلك. فقال عمر: ألا ترى أن الشيخ إذا لم يُحصن جُلد، وأن الشاب إذا زنى وقد أحصن رجم. ورجاله ثقات. وقد بسطنا القول على الحديث فيه. فانظره هناك لزاماً.

يُخرَجُ إلى أرضٍ فَضاءٍ، فإن ثَبَتَ بالبَيِّنةِ يَبتَدئُ الشُّهُودُ ثُمَّ الإمامُ ثُمَّ النَّاسُ.

قال: (يُخرَجُ إلى أرضٍ فَضاءٍ) كما فعل النبيُّ عليه السلام بماعزٍ، أَمَرَ برجمِه ولم يحفَرْ له[1].

قال: (فإن ثَبَتَ بالبَيِّنةِ يَبتَدئُ الشُّهُودُ ثُمَّ الإمامُ ثُمَّ النَّاسُ) لما روي عن عليٍّ رضي الله عنه أنه بَدَأَ برجم الهَمْدانيَّةِ لمّا أقرَّتْ عنده بالزنى، وقال: الرجمُ رَجْمان: رجمُ سرٍّ، ورجمُ علانيةٍ، فالعلانيةُ: أن يشهَدَ على المرأةِ ما في بطنِها. والسِّرُّ: أن يشهدَ الشهودُ، فتَرجُمُ الشهودُ ثم

= وانظر ما أخرجه أحمد في «مسنده» (٢١٢٠٧) من حديث أبي كعب فقد ذكر فيه حديثنا. لٰكن إسناده ضعيف. فانظر تمام تخريجه فيه.

وأخرج البخاري (٦٨٣٠)، ومسلم (١٦٩١) ضمن حديث عن ابن عباس وفيه: قال عمر بن الخطاب وهو جالس على منبر رسول الله ﷺ: إن الله قد بعث محمداً ﷺ بالحق، وأنزل عليه الكتاب، فكان مما أُنزل عليه آية الرجم، قرأناها ووعيناها وعقلناها، فرجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده، فأخشى إن طال بالناس زمان، أن يقول قائل: ما نجد الرجم في كتاب الله، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، وإن الرجم في كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن، من الرجال والنساء، إذا قامت البينة، أو كان الحبل أو الاعتراف.

قال النووي: أراد بآية الرجم: الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة. وهٰذا مما نسخ لفظه وبقي حكمه.

(١) أخرجه مسلم (١٦٩٤)، وهو في «المسند» (١١٥٨٩) من حديث أبي سعيد الخدري وفيه: فما أوثقناه ولا حفرنا له.

وما جاء في حديث بريدة عند مسلم (١٦٩٥) (٢٣)، وأحمد (٢٢٩٤٢)، وأنه حفر له حفرة، فهو مما تفرد به بشير بن مهاجر وفيه ضعف.

الإمامُ ثم الناسُ[1]. ولأن البداية بالشهودِ ضربُ احتيالٍ للدَّرْء، لأن الشاهدَ قد يتجاسَرُ على الأداءِ وتتعاظمُ المباشرةُ حرمةً للنفسِ، فيرجعُ عن الشهادة.

قال: (**فإن امتنَعَ الشُّهُودُ أو بعضُهُم لا يُرجَمُ**) لأنه دليلُ رجوعِهم، وكذا إذا غابوا في ظاهرِ الروايةِ لفوات الشرطِ، وكذا إذا ماتوا أو ماتَ بعضُهم، وكذا إذا جَنَوا أو فَسَقوا، أو قَذَفوا فحُدُّوا أو أحدُهم، أو عَمِيَ أو خَرِسَ أو ارتدَّ، لأن الطارئَ على الحدِّ قبلَ الاستيفاءِ كالموجود في الابتداءِ، كما في رجوع المُقِرِّ، فصار كأنهم شهِدوا وهم بهٰذِه الصفةِ، فلا يُحدُّ. وعن أبي يوسف: إذا غابَ الشهودُ رُجِمَ ولم يُنتظَروا، وكذا

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٣٣٥٣)، وابن أبي شيبة ١٠/ ٩٠. والمرأة الهمدانية هي شراحة.

وأخرج أحمد في «مسنده» (٩٧٨) من طريق عامر الشعبي قال: كان لشراحة زوج غائب بالشام، وإنها حملت، فجاء بها مولاها إلى علي بن أبي طالب، فقال: إن هٰذه زنت، فاعترفت، فجلدها يومَ الخميس مئة، ورجمها يوم الجمعة، وحفر لها إلى السُّرَّة وأنا شاهد، ثم قال: إن الرجم سنة سنَّها رسول الله ﷺ، ولو كان شهد على هٰذه أحدٌ لكان أول من يرمي، الشاهد يشهد، ثم يُتبع شهادته حجره، ولكنها أقرَّت، فأنا أول من رماها، فرماها بحجر، ثم رمى الناس، وأنا فيهم، قال: فكنت والله فيمن قتلها.

وأصله في «صحيح البخاري» (٦٨١٢). وانظر تتمة تخريجه في «المسند».

وانظر «مصنف عبد الرزاق» (١٣٣٥٠)، وابن أبي شيبة ١٠/ ٨٨ و٨٩ و٩٠، والدارقطني (٣٢٣٢) و(٣٢٣٣)، والبيهقي ٨/ ٢٢٠.

إذا امتَنَعوا أو امتَنَع بعضُهم؛ لأنه حدٌّ، فلا يُشتَرَط فيه مباشرةُ الشهود، كالجَلْد. قلنا: الجَلدُ لا يُحسِنُه كلُّ واحدٍ، فربما وقع مَهلِكاً، ولا كذٰلك الرجمُ لأنه إتلافٌ. وعن محمد: إن كانوا مرضَى أو مقطوعِي الأيدي يَبتدِئُ الإمامُ ثم الناسُ، لأن الامتناعَ إذا كان بعُذرٍ ظاهرٍ زالت التهمةُ، ولا كذٰلك لو ماتوا لاحتمال الرجوعِ أو الامتناعِ، فكان ذٰلك شبهةً.

ولا بأسَ لكلٍّ من رَمَى أن يتعمَّدَ مقتَلَه، لأنه واجبُ القتلِ، إلا أن يكون ذا رَحِمٍ مَحْرمٍ منه، فالأولى أن لا يتعمَّد مقتَلَه، ويولِّي ذٰلك غيرَه، لأنه نوعٌ من قطيعة الرَّحِمِ من غير حاجةٍ.

قال: (**وإن ثَبَتَ بالإقرارِ ابتَدأ الإمامُ ثُمَّ النَّاسُ**) لما روي أنه عليه السلام حَفَرَ للغامديَّةِ حفرةً إلى صدْرِها، وأخذ حصاةً مثلَ الحِمَّصَةِ فرماها بها، وقال: «ارمُوا واتَّقوا الوَجـه» فلما طَفِئَتْ أخرَجَها وصلَّى عليها، وقال: «لقد تابَتْ توبةً لو قُسِمتْ على أهلِ الحِجاز لَوَسِعتْهم»[1]، ولحديث عليٍّ رضي الله عنه[2].

---

(١) أخرجه مطولاً أحمد (٢٠٤٣٦) من حديث أبي بكرة، وإسناده ضعيف فيه راوٍ مبهم.

وأخرجه أبو داود (٤٤٤٤)، والنسائي في «الكبرى» (٧١٥٨) و(٧١٧١) و(٧١٧٢)، والبيهقي ٨/ ٢٢١، وانظر تمام تخريجه في «المسند».

وقوله: فلما طفئت، أي: همدت وسكنت، ولم يبق لها حراك، من: طفئت النار وطفئ السراج فانطفأ، قال في «الأساس»: ومن المجاز: طفئ فلان كالمصباح، وأطفأ الله تعالى نار الفتنة.

(٢) سلف ص٤٦٩.

ولا ينبغي أن يُربَطَ المرجومُ ولا يُمسَكَ ولا يُحفَرَ للرَّجُل لٰكنه يُقامُ قائماً ثم يُرجَمُ، لأنه عليه السلام لم يفعلْ شيئاً من ذٰلك بماعزٍ، وما نُقل أنه هَرَبَ دليلٌ عليه.

ويُغسَّلُ ويكفَّنُ ويصلَّى عليه لما مرَّ من حديث الغامديةِ، وقال عليه السلام في ماعز: «اصنَعوا به ما تَصنعون بمَوتاكم، فقد تابَ توبةً لو تابها صاحبُ مكس غُفِرَ له، ولقد رأيتُه ينغمسُ في أنهارِ الجنةِ»[1]، ولأنه مقتولٌ بحقٍّ فصار كالمقتولِ قِصاصاً.

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٢٤ وقال: أخرج الحارثي في «المسند» عن أبي حنيفة، عن علقمة بن مرثد، عن ابن بريدة، عن أبيه حديث ماعز بن مالك، وفيه: أن النبي ﷺ قال في ماعز: «إنه تاب توبة لو تابها صاحب مكس لقبل منه» فلما بلغ ذٰلك أصحابه طمعوا فيه، قالوا: ما نصنع بجسده؟ قال: «انطلقوا به، فاصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الكفن والصلاة عليه والدفن» قال: فانطلق أصحابه فصلوا.

وأخرجه ابن أبي شيبة (٣/ ٢٥٤) من هٰذا الوجه بلفظ: «. . . من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه».

وفي «صحيح مسلم» (١٦٩٥) (٢٢) من طريق علقمة بن مرثد، عن سليمان ابن بريدة، عن أبيه، قال: جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، طهرني. . . وفيه أن النبي ﷺ قال لأصحابه: «استغفروا لماعز بن مالك» فقالوا: غفر الله لماعز بن مالك، فقال رسول الله ﷺ: «لقد تاب توبة لو قسمت بين أمة لوسعتهم». =

وإن لم يكُن مُحصَناً فحَدُّه الجَلْدُ مئةٌ للحُرّ وخَمسُونَ للعَبدِ. يُضرَبُ بسَوطٍ لا ثَمَرَةَ له ضَرباً مُتوسِّطاً يُفَرِّقُه على أعضائِه إلا رأسَه ووَجهَه وفَرجَه، . . . . .

قال: (**وإن لم يكُن مُحصَناً فحَدُّه الجَلْدُ مئةٌ للحُرّ وخَمسُونَ للعَبدِ**) قال تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، وقال في حقِّ الإماء: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥].

قال: (**يُضرَبُ بسَوطٍ لا ثَمَرَةَ له ضَرباً مُتوسِّطاً يُفَرِّقُه على أعضائِه إلا رأسَه ووَجهَه وفَرجَه**) لأن علياً رضي الله عنه كَسَر ثمرةَ السوط لمَّا أرادَ إقامةَ الحدِّ به(١). والمتوسِّطُ من الضرب بين المتلِفِ وغير المؤلِم

= وقوله: «ولقد رأيته ينغمس. . .» أخرجه من حديث أبي هريرة أبو داود (٤٤٢٨)، والنسائي في «الكبرى» (٧١٢٦)، وهو عند ابن حبان (٤٣٩٩)، وإسناده ضعيف، وانظر ألفاظه عندهم، وتمام تخريجه في «صحيح ابن حبان».

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٢٣ وقال: غريب. وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٠/ ٥٠-٥١) حدثنا عيسى بن يونس، عن حنظلة السدوسي، قال: سمعت أنس بن مالك يقول: كان يؤمر بالسوط، فيقطع ثمرته، ثم يدق بين حجرين، حتى يلين، ثم يضرب به، قلنا لأنس: في زمان من كان هٰذا؟ قال: في زمان عمر بن الخطاب. انتهى.

وأخرج ابن أبي شيبة (١٠/ ٣٦-٣٧)، وعبد الرزاق (١٣٥١٩) في «مصنفيهما» عن يحيى بن عبد الله التيمي، عن أبي ماجد، عن ابن مسعود: أن رجلاً جاء بابن أخ له إليه، فقال: إنه سكران، فقال: ترتروه، ومزمزوه، واستنكهوه، ففعلوا، فرفعه إلى السجن، ثم عاد به من الغد، وعاد بسوط، ثم أمر بثمرته، فدقت بين حجرين، حتى صارت درة، ثم قال للجلاد: اجلد، =

. . . .

ليحصلَ المقصودُ، وهو الانزجارُ بدون الهلاك. وأما التفريقُ على الأعضاءِ لأنه إذا جَمَعَ الضربَ في مكان واحدٍ ربما أدَّى إلى التَّلَف، والحدُّ غير متلِفٍ، وليدخُلَ الألمُ على كلِّ عضوٍ كما وَصَلَتِ اللذَّةُ إليه، إلا أنه يتقي الأعضاءَ التي لا يُؤمَنُ منها التلفُ، أو تلفُ ما ليس بمستحقٍّ، إذ التلفُ ليس بمستحقٍّ؛ فالرأسُ والفرجُ مقتَلٌ، والوجه

=وأرجع يدك، وأعط كل عضو حقه. انتهى. قلنا: وهو عند الطبراني في «الكبير» (٨٥٧٢)، والشاشي في «مسنده» (٧٨١)، والبيهقي ٨/ ٣١٨ و٣٢٦، وإسناده ضعيف. وانظر «المسند» (٣٧١١).

وروى عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٥١٥): أخبرنا معمر، عن يحيى بن أبي كثير: أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسولَ الله، إني أصبتُ حدّاً، فأقمه علي، فدعا رسول الله ﷺ بسوط شديد له ثمرة، فقال: سوط دون هٰذا، فأتي بسوط مكسور لين، فقال: سوطٌ فوق هٰذا، فأتي بسوط بين سوطين، فقال: هٰذا، فأمر به فجلد.

ورواه ابن أبي شيبة (١٠/ ٥١): حدثنا أبو خالد الأحمر، عن محمد بن عجلان، عن زيد بن أسلم أن النبي ﷺ أتي برجل قد أصاب حدّاً، فذكر نحوه.

ورواه مالك في «الموطأ»، قال أبو مصعب (١٧٦٩): أخبرنا مالك، عن زيد بن أسلم: أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنى، فدعا له رسول الله ﷺ بسوط، فأتي بسوط مكسور، فقال: فوق هٰذا، فأتي بسوط جديد لم يقطع ثمرته، فقال: بين هٰذين، فأتي بسوط قد ركب به ولان، فأمر به، فجلد ثم قال: أيها الناسُ قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله، فمن أصاب من هٰذه القاذورة شيئاً، فليستتر بسترِ الله، فإنه من يبد لنا صفحته، نقم عليه كتاب الله. انتهى. قلنا: وهو في رواية يحيى «للموطأ» ٢/ ٨٢٥. والبيهقي في «السنن» ٨/ ٣٢٦.

. . . .

مكانُ البَصَر والشَمِّ. وعن عمرَ رضي الله عنه أنه قال للجلّاد: اتَّقِ الرأسَ والوجه[1]. وعن أبي يوسف: أنه يضرب الرأس، فقد روي عن أبي بكر الصدِّيق أنه قال: اضرِبوا الرأسَ فإن الشيطانَ فيه[2]، ولأنه لا

(١) ذكره الزيلعي ٣/ ٣٢٤ بلفظ: «اتق الوجه والمذاكير» قلت: غريب مرفوعاً، وروى موقوفاً على علي، رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٠/ ٤٨-٤٩) حدثنا حفص، عن ابن أبي ليلى، عن عدي بن ثابت، عن المهاجر بن عميرة، عن علي أنه أتي برجل سكران، أو في حد، فقال: اضرب، وأعطِ كل عضو حقه، واتق الوجه والمذاكير. انتهى.

ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٥١٧) عن الثوري، عن ابن أبي ليلى، عن عدي بن ثابت، عن عكرمة بن خالد قال: أتى علياً رجل في حدٍّ، فذكره.

وقال في «التنقيح»: ورواه سعيد بن منصور، حدثنا هشيم، حدثنا ابن أبي ليلى، عن عدي بن ثابت، قال: أخبرني هنيدة بن خالد الكندي، عن علي، فذكره. قلنا: وهو من هٰذا الطريق عند البيهقي في «السنن» ٨/ ٣٢٧.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ١٠/ ١٥١، وابن حزم في «المحلى» ١١/ ٢٨٢ من طريق وكيع، عن المسعودي، عن القاسم بن عبد الرحمٰن: أن أبا بكر أتى برجل انتفى من أبيه فقال أبو بكر: اضرب الرأس فإن الشيطان في الرأس. والقاسم لم يدرك أبا بكر.

ونسبه الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٤/ ٧٨ إلى أبي بكر البزار في كتاب «أحكام القرآن» من طريق المسعودي عن القاسم... فذكره وقال: وفيه ضعف وانقطاع. وفي الباب قصة عمر مع صَبيغ وهي في أوائل مسند الدارمي. قلنا: أخرجه الدارمي (١٤٤) أخبرنا أبو النعمان، حدثنا حماد بن زيد، حدثنا يزيد بن حازم، عن سليمان بن يسار: أن رجلاً يقال له صبيغ قَدِمَ المدينة، =

يخشى التلف بسوطٍ وسوطين. وجوابه ما مرّ، وأثَرُ الصدِّيق وَرَدَ في حربيٍّ كان راعياً، وهو مستحقُّ القتل.

قال: (ويُجَرَّد عن ثِيابِه إلاّ الإزارَ) هٰكذا نُقل عن عليٍّ رضي الله عنه[1]، ولأنه أبلَغُ في إيصالِ الألم إليه، وحدُّ الزنى مبناه على شدَّةِ الضربِ، فيقعُ أبلَغَ في الزَّجْر، ونَزْعُ الإزارِ يؤدِّي إلى كشفِ العَورةِ فلا يُنزَعُ.

=فجعل يسأل عن متشابه القرآن، فأرسل إليه عُمَرُ، وقد أعد له عراجين النخل، فقال: مَنْ أنتَ؟ قال: أنا عبد الله صبيغ، فأخذ عمر عُرجوناً مِن تلك العراجين فضربه، وقال: أنا عبدُ الله عمر، فجعل له ضرباً حتى دَمِيَ رأسُه، فقال: يا أمير المؤمنين، حسبك، قد ذهب الذي كنت أجد في رأسي. ورجاله ثقات إلا أن سليمان بن يسار لم يدرك عمر رضي الله عنه.

(١) قال الإمام الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٢٣: غريب، وروي عنه خلافه كما رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٥٢٣) أخبرنا الثوري، عن جابر، عن القاسم بن عبد الرحمٰن، عن أبيه، عن علي أنه أتي برجل في حد، فضربه وعليه كساء قسطلاتي قاعداً.

وجابر ـ وهو ابن يزيد الجعفي ـ ضعيف.

وروى أيضاً (١٣٥٢٦) عن ابن عيينة، عن مطرف، عن الشعبي، قال: سألت المغيرة بن شعبة، عن القاذف أتُنزَع عنه ثيابه، قال: لا تنزع عنه، إلاّ أن يكون فرواً أو محشواً.

وروى أيضاً (١٣٥٢٢) عن الثوري، عن جويبر، عن الضحاك بن مزاحم، عن ابن مسعود قال: لا يحل في هٰذه الأمة التجريد، ولا مَدٌّ، ولا غُلٌّ، ولا صَفَدٌ. وهو في «معجم الطبراني» (٩٦٩٠)، و«سنن البيهقي» ٨/ ٣٢٦.

ولا تُجَرَّدُ المرأةُ إلا عن الفَرْوِ والحَشْوِ، وإن حُفِرَ لها في الرَّجْمِ جازَ. ويُضرَبُ الرَّجُلُ قائماً في جَميعِ الحُدودِ، ولا يُجمَعُ على المُحصَنِ الجَلْدُ والرَّجْمُ،

قال: (ولا تُجَرَّدُ المرأةُ إلا عن الفَرْوِ والحَشْوِ) لأن مبنى حالِهِنَّ على السِّتر، وفي نزعِ ثيابِها كشفُ عَورتِها، والسِّتر يحصُلُ بدون الحَشْو والفَرْو، وفيهما منعٌ من وصولِ الألَم، فيُنزَعان. وتُضرَبُ جالسةً لأنه أستَرُ لها. وعن عليٍّ رضي الله عنه: يُضربُ الرجالُ في الحدود قياماً والنساءُ قعوداً[1].

(وإن حُفِرَ لها في الرَّجْمِ جازَ) لما روينا من حديثِ الغامديةِ[2]، وعليٌّ رضي الله عنه حَفَر للهَمْدانيةِ[3]، وإن تَرَكه لا يضرُّ لأنه غيرُ مأمورٍ به.

(ويُضرَبُ الرَّجُلُ قائماً في جَميعِ الحُدودِ) لحديث عليٍّ رضي الله عنه، ولا يُمَدُّ ولا يُشَدُّ لأنه زيادةُ عقوبةٍ غير مستحقَّةٍ عليه.

قال: (ولا يُجمَعُ على المُحصَنِ الجَلْدُ والرَّجْمُ) لأنه عليه السلام رَجَمَ ماعزاً ولم يجلِدْه[4]، ولأنه لا فائدةَ في الجلدِ، لأن المرادَ من

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٥٣٢)، والبيهقي في «سننه» ٨/ ٣٢٧ من طريق الحكم، عن يحيى بن الجزار، عن علي قال: تضرب المرأة جالسة، والرجل قائماً في الحد. وضعف الحافظ في «الدراية» ٢/ ٩٨ إسناده.

(٢) سلف تخريجه ٢/ ٣١٢.

(٣) سلف تخريجه ٤٦٩.

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٢٩ عن حديث ماعز: تقدم غير مرة، وفيه الرَّجمُ، وليس فيه الجلدُ، وانظر تمام كلامه فيه. =

الحدِّ الزجرُ، وهو لا ينزجرُ بعدَ هلاكِه، وزجرُ غيرِه يحصُلُ بالرَّجم إذ القتل أبلغُ العقوبات، وهو مذهبُ عامةِ العلماء.

قال: (ولا يُجمَعُ على غير المُحصَنِ الجَلْدُ والنَّفْيُ) لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟﴾ الآية [النور: ٢]، وأنه بيانٌ لجميع الحُكْم لأنه كلُّ المذكور، أو لأنه ذَكَرَه بحرفِ الفاء وهو للجزاء، فلا يُزاد عليه إلا بدليلٍ يساويه أو يترجحُ عليه، إذ الزيادةُ على النصِّ نسخٌ، ولأن النفيَ يفتحُ عليها بابَ الزنى لقلَّةِ استحيائِها من عشيرتِها، وفيه قطعُ المادَّةِ عنها، فربما اتَّخَذَت ذٰلك مكسَباً، وفيه من الفساد ما لا يخفى، وإليه الإشارةُ بقول عليّ رضي الله عنه: كفى بالتغريب فتنةً[١]. وأما قوله عليه السلام: «البكر بالبكر جلدُ مئةٍ وتغريبُ عام»[٢] قلنا: الآيةُ متأخرةٌ عنه فينسخُه. بيانُه أن الحدَّ في الأصل كان الأذى لهن[٣]

= وقال النووي في شرح مسلم ١١/١٨٩: إن النبي ﷺ اقتصر على رجم الثيب في أحاديث كثيرة، منها قصة ماعز وقصة المرأة الغامدية، وفي قوله ﷺ: واغد يا أنيس على امرأة هٰذا، فإذا اعترفت فارجمها، وحديث عبادة الذي فيه الجمع بين الجلد والرجم منسوخ.

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٣١٣) و(١٣٣٢٠) بلفظ: حسبُهم من الفتنة أن يُنْفَوْا.

(٢) أخرجه من حديث عبادة بن الصامت مسلم (١٦٩٠)، وهو في «المسند» (٢٢٦٦٦)، و«صحيح ابن حبان» (٤٤٢٥) بلفظ: «خذوا عني خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر، جلد مئة ونفي سنة...».

(٣) لفظة: «لهن» لم ترد في (س)، وأثبتناها من (م).

بالكلام بقوله تعالى: ﴿فَـَٔاذُوهُمَا﴾ [النساء: ١٦]، ثم نُسِخ بالحبس بقوله تعالى: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ﴾ إلى قوله: ﴿أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا﴾ [النساء: ١٥]، ثم قال عليه السلام: «خذوا عنِّي خذوا عنِّي، قد جعل الله لهنَّ سبيلاً»[(١)] الحديث، فكان بياناً للسبيل الموعود في الآية، وذٰلك قبل نزولِ آيةِ الجَلْد، فكانت ناسخةً للكُلِّ، أو نقول: هو حديثُ آحاد فلا يُزادُ به على الكتابِ لما بينا.

قال: (إلا أن يراه الإمامُ مَصلَحةً فيفعلُ بما يَراهُ) فيكون سياسةً وتعزيراً لا حدّاً، وهو تأويلُ ما روي من التغريب عن النبيّ عليه السلام وعن أبي بكر وعمر[(٢)]، فإنه روي عن عمرَ أنه نفَى رجلاً فلَحِق بالروم فقال: لا أنفي بعدَها أحداً[(٣)]. ولو كان النفيُ حدّاً لم يَجُزْ تركُه، قال

(١) سلف في الذي قبله.

(٢) أخرج الترمذي في «سننه» (١٤٣٨)، وفي «العلل» ٢/ ٦٠٠، والنسائي في «الكبرى» (٧٣٠٢)، والبيهقي ٨/ ٢٢٣ من حديث ابن عمر: أن النبي ﷺ ضرب وغرَّب، وأن أبا بكر ضرب وغرب، وأن عمر ضرب وغرب. ورجاله ثقات، ووقفه أصح. وقال الترمذي في «العلل»: رواه أصحاب عبيد الله بن عمر، عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر أن أبا بكر... ولم يرفعه. ورواية الموقوف عند البيهقي ٨/ ٢٢٣.

(٣) أخرجه النسائي في «المجتبى» ٨/ ٣١٩ من طريق عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب قال: غرَّب عمر رضي الله عنه ربيعة ابن أمية في الخمر إلى خيبر، فلحق بهرقل، فتنصر، فقال عمر رضي الله عنه: لا أغرب بعده مسلماً. ورجاله ثقات. وسماع سعيد من عمر صحيح. قال أحمد بن حنبل: أدرك سعيد عمر، وسمع منه، وإذا لم يقبل سعيد عن عمر، فمن يقبل. =

. . . .

تعالى: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ﴾ [النور: ٢]، فدل أنه كان سياسةً وتعزيراً، ولأنه لو كان حدّاً لاشتهر بين الصحابة كسائر الحدود، ولو اشتهرَ لما اختلفوا فيه، وقد اختلفوا لِما تقدَّم من قول عليٍّ ورجوعِ عمر رضي الله عنهما، فدلَّ على أنه ليس بحدٍّ.

ولا يقامُ الحدُّ في مسجدٍ، روى ابن عباس قال: قالَ رسول الله ﷺ: «لا تُقام الحدودُ في المساجد»[1]، وروى حكيم بنُ حِزام قال: نهى رسولُ الله عليه السلام أن يُستقاد في المساجد، أو يُنشَدَ فيها الشِّعرُ، أو تُقامَ فيها الحدودُ»[2]، ولأنه عساه ينفصلُ منه ما ينجِّسُ

= وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٣٣٢٠) عن ابن جريج، عن عبد الله بن عمر أن أبا بكر بن أمية بن خلف غُرِّب في الخمر إلى خيبر، فلحق بهرقل، قال: فتنصر، فقال عمر: لا أغرب مسلماً بعده أبداً.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥٩٩)، والترمذي (١٤٠١)، وهو حديث حسن لغيره. ويشهد له حديث حكيم الآتي بعده.

وآخر من حديث عبد الله بن عمرو عند ابن ماجه (٢٦٠٠)، وفي إسناده ابن لهيعة، وهو ضعيف عند التفرد، حسن في الشواهد.

وثالث من حديث جبير بن مطعم عن البزار (١٥٦٥ ـ كشف)، وفي إسناده الواقدي. وهو متروك.

(٢) أخرجه مرفوعاً أبو داود (٤٤٩٠)، وهو موقوف في «المسند» (١٥٥٨٠). وإسناده ضعيف لانقطاعه، فإن زفر بن وثيمة ـ وهو الراوي عن حكيم ـ لم يلق حكيم بن حزام. =

المسجدَ، وللإمام أن يُخرِجه إلى باب المسجد ويأمرَ من يجلدُه وهو يشاهد، ويجوز له أن يبعثَ بأمينٍ ويأمرَه بإقامةِ الحَدِّ. قال عليه السلام في حديث العَسِيف: «واغْدُ يا أُنَيسُ إلى امرأةِ هٰذا، فإن اعترفَتْ فارجُمها»[1].

قال: (ولا يُقِيمُ المولى الحَدَّ على عبدِه إلاَّ بإذنِ الإمامِ) لأن الحدَّ حقُّ الله تعالى، فلا يستوفيَه إلا نائبُه، وهو الإمامُ أو نائبُه، بخلاف التعزير لأنه حقُّ العبد، حتى جاز تعزيرُ الصبيِّ، وحقوقُ الشرع موضوعةٌ عنه، ويؤيدُ ذٰلك قوله عليه السلام: «أربعٌ إلى الوُلاةِ» وعدَّ منها: إقامةَ الحدود[2]، ولأن المولى متَّهمٌ في إقامةِ الحدِّ على عبدِه،

= وأخرجه مرفوعاً أحمد في «مسنده» (١٥٥٧٩) من طريق العباس بن عبد الرحمٰن المدني عن حكيم بن حزام بلفظ: «لا تقام الحدود في المساجد، ولا يستفاد فيها». وإسناده ضعيف لجهالة العباس.

لٰكن الحديث حسن لغيره بطريقيه وشواهده السالفة.

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني البخاري (١٢٣٤) و(١٢٣٥) و(٢٦٩٥) و(٢٦٩٦)، ومسلم (١٦٩٧) و(١٦٩٨)، وهو في «المسند» (١٧٠٣٨). وانظر «المسند» أيضاً (٩٨٤٦).

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٢٦ وقال: غريب.

وأخرج ابن أبي شيبة ٩/ ٥٥٣-٥٥٤ حدثنا عبدة، عن عاصم، عن الحسن قال: أربعة إلى السلطان: الزكاة والصلاة والحدود والقضاء.

وأخرج ٩/ ٥٥٤ قال: حدثنا ابن مهدي، عن حماد بن سلمة، عن جبلة بن عطية، عن ابن محيريز قال: الجمعة والحدود والزكاة والفيء إلى السلطان. =

وإذا كان الزَّاني مريضاً، فإن كانَ مُحصَناً رُجِمَ، وإلاّ لا يُجلَدُ حتَّى يَبْرأَ، والمرأةُ الحاملُ لا تُحَدُّ حتَّى تَضَعَ حملَها، . . . .

لأنه يخافُ نقصانَ ماليَّتِه، فلا يضربُه الضربَ المشروعَ، فلا تحصلُ مصلحةُ الزجرِ، فلا يكون له ذٰلك.

قال: (**وإذا كان الزَّاني مريضاً، فإن كانَ مُحصَناً رُجِمَ**) لأن الإتلافَ مستحقٌّ عليه، فلا معنى للتأخير.

قال: (**وإلاّ لا يُجلَدُ حتَّى يَبْرأَ**) لأنه ربَّما أفضى إلى الهلاكِ وليس مشروعاً، ولهٰذا أمَرَ ﷺ بحَسْم يدِ السارق[1]، ولهٰذا لا يُقطع في البردِ الشديدِ والحَرِّ الشديد.

قال: (**والمرأةُ الحاملُ لا تُحَدُّ حتَّى تَضَعَ حملَها**) لأنه يُخاف من الحَدِّ هلاكُ وَلَدِها البريء عن الجنايةِ. وروي أن عمرَ رضي الله عنه هَمَّ

= وأخرج كذٰلك عن عمر بن أيوب، عن مغيرة بن زياد، عن عطاء الخراساني قال: إلى السلطان الزكاة والجمعة والحدود. كل ذٰلك ذكره الزيلعي.

(١) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٣/١٦٨، والدارقطني (٣١٦٣)، والحاكم ٤/ ٣٨١، والبيهقي في «السنن» ٨/ ٢٧٥-٢٧٦ من حديث أبي هريرة. وإسناده صحيح. ولفظه: أتي بسارق إلى النبي ﷺ فقالوا: يا رسول الله إن هٰذا سرق، فقال: «ما إخاله سرق» فقال السارق: بلى يا رسول الله، قال: «اذهبوا به فاقطعوه ثم أحسموه ثم ائتوني به» قال: فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتي به، فقال: «تب إلى الله عز وجل» فقال: تبت إلى الله، فقال: «تاب الله عليك».

وفي الباب حديث أبي أمية السالف تخريجه ص٤٦٥.

فإن كان حدُّها الجَلْدَ فحتى تتعالى من نِفاسِها، وإن كان الرَّجْمَ فعَقِيبَ الوِلادةِ، فإن لم يكن للصَّغيرِ من يُرَبِّيه فحتَّى يَستَغنيَ عنها . . . .

برجمِ حاملٍ، فقال له عليٌّ رضي الله عنه: إن كان لكَ عليها سبيلٌ فلا سبيلَ لك على ما في بطنِها، فخلَّى عنها[1].

فإذا وَلَدَت (**فإن كان حدُّها الجَلْدَ فحتى تتعالى من نِفاسِها**) لأنها مريضةٌ ضعيفةٌ.

(**وإن كان الرَّجْمَ فعَقِيبَ الوِلادةِ**) لأن التأخيرَ كان بسببِ الولد وقد انفصل عنها.

(**فإن لم يكن للصَّغيرِ من يُرَبِّيه فحتَّى يَستَغنيَ عنها**) لأن في ذٰلك صيانةَ الولدِ عن الهلاك. وروي أنه عليه السلام قال للغامِديَّةِ لما أقرَّتْ بالزنى وهي حامل: «اذهبي حتى تَضَعي» فلما وَضَعَتْ جاءت، فقال لها: «ارجعي حتى يَستغنِيَ وَلَدُكِ» فجاءت وفي يدِه خبزٌ فقالت: يا رسولَ الله، هٰذا وَلَدي قد استغنَى. فأمَرَ بها فرُجِمتْ[2].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٠/ ٨٨ عن أبي معاوية، عن الأعمش، عن أبي سفيان، عن أشياخه: أن امرأة غاب عنها زوجها، ثم جاء وهي حامل، فرفعها إلى عمر، فأمر برجمها، فقال معاذ: إن يكن لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها، فقال عمر: احبسوها حتى تضع، فوضعت غلاماً له ثنيتان، فلما رآه أبوه، قال: ابني، فبلغ ذٰلك عمر فقال: عجزت النساء أن يلدن مثل معاذ، لولا معاذ هلك عمر.

وأخرجه ابن أبي شيبة ١٠/ ٨٨ عن أبي خالد الأحمر، عن حجاج، عن القاسم، عن أبيه، عن علي. ولم يسق لفظه وأحال على حديث معاذ الذي قبله.

(٢) صحيح وقد سلف تخريجه ٢/ ٣١٢.

وإحصانُ الرَّجمِ: الحُرِّيَّةُ، والعقلُ، والبُلوغُ، والإسلامُ، والدُّخولُ وهو: الإيلاجُ في القُبُلِ في نِكاحٍ صحيحٍ، وهما بِصِفةِ الإحصانِ. . . . .

ويُحبَس المريضُ حتى يبرأ، والحاملُ حتى تَضَعَ إن ثَبَتَ بالبينةِ مخافةَ أن تَهرُبَ، وإن ثَبَتَ بالإقرار لا يحبس لأن الرجوعَ عنه صحيحٌ، فلا فائدةَ في الحبس. والنبيُّ عليه السلام لم يَحبِسِ الغامديةَ.

ولو قالت الزانيةُ: أنا حُبلى، يُريها النساءَ، فإن قُلنَ: هي حُبلى حَبَسَها سَنَتين ثم رَجَمَها، وهٰذا التقادمُ لا يمنعُ الإقامةَ لأنه بعذرٍ.

ولو كان مَن عليه الحدُّ ضعيفَ الخِلْقةِ يُخافُ عليه الهلاكُ لو ضُرِبَ شديداً، يُضربُ مقدارَ ما يتحمَّلُه من الضرب.

قال: (**وإحصانُ الرَّجمِ: الحُرِّيَّةُ، والعقلُ، والبُلوغُ، والإسلامُ، والدُّخولُ وهو: الإيلاجُ في القُبُلِ في نِكاحٍ صحيحٍ، وهما بِصِفةِ الإحصانِ**) أما الحريةُ فلقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، أوجَبَ عليهنَّ عقوبةً تَنتَصِفُ، والرجمُ لا ينتصفُ، فلا يجبُ على الإماء. وأما العقلُ والبلوغُ فلأنه لا خطابَ بدونهما. وأما الإسلامُ فلقوله عليه السلام: «من أشرَكَ بالله فليسَ بمحصَنٍ»(١)، وما روي أنه عليه السلام رَجَمَ يهوديَّين، فإنما رجَمَهما

---

(١) أخرجه مرفوعاً إسحاق بن راهويه في «مسنده» كما في «نصب الراية» ٣/ ٣٢٧: أخبرنا عبد العزيز بن محمد، حدثنا عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر=

= عن النبي ﷺ، قال: «من أشرك بالله فليس بمحصن». انتهى. قال إسحاق بن راهويه: رفعه مرة، ووقفه مرة.

ورواه من طريق إسحاق بن راهويه الدارقطني في «سننه» (٣٢٩٥) ثم قال: لم يرفعه غير إسحاق، ويقال: إنه رجع عنه، والصواب موقوف. قال الزيلعي: وهٰذا لفظ إسحاق بن راهويه في «مسنده» كما تراه، ليس فيه رجوع، وإنما أحال التردد على الراوي في رفعه ووقفه. والله أعلم.

وأخرجه موقوفاً على ابن عمر الطحاوي في «شرح المشكل» ١١/٤٤٦ حدثنا عبد الله بن سعيد بن أبي مريم، حدثنا الفريابي، حدثنا سفيان الثوري، عن موسى بن عقبة، عن نافع، عنه. ورجاله ثقات.

وقال الزيلعي: أخرجه الدارقطني أيضاً (٣٢٩٣) عن عفيف بن سالم، حدثنا سفيان الثوري، عن موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحصن الشرك بالله شيئاً». قال الدارقطني: وهم عفيف في رفعه، والصواب موقوف من قول ابن عمر.

قال ابن القطان في كتابه «الوهم والإيهام» ٣/٢٧٩: فإن عفيف بن سالم الموصلي ثقة، قاله ابن معين، وأبو حاتم، وإذا رفعه الثقة لم يضره وقف من وقفه. وإنما علته أنه من رواية أحمد بن أبي نافع، عن عفيف المذكور، وهو أبو سلمة الموصلي، ولم تثبت عدالته.

وقال الدارقطني في كتاب «العلل»: هٰذا حديث يرويه موسى بن عقبة، واختلف عنه، فرواه عفيف بن سالم، عن الثوري، عن موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ، وخالفه أبو أحمد الزبيري، فرواه عن الثوري، عن موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر موقوفاً، وهو أصح. وروى عن إسحاق بن راهويه، عن الدراوردي، عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر مرفوعاً، والصحيح موقوف. انتهى.

. . . .

بحُكم التوراة، والقَضيةُ[1] مشهورة[2]. وأما النكاحُ الصحيحُ والدخولُ فلقوله عليه السلام: «البكرُ بالبكر جلدُ مئةٍ»[3]، والبكرُ اسمٌ لمَن لم يتزوَّج، ولأن به يُتوصَّلُ إلى الوطءِ الحلال، وإنما شرط الدخولَ لقوله عليه السلام: «الثيِّبُ بالثيبِ جلدُ مئةٍ ورجمٌ بالحِجارة»[4]، والثيِّبُ: هو الواطئُ في النكاحِ الحلالِ في القُبُل، ولأن هٰذه نِعَمٌ متوافرةٌ متكاملةٌ صادَّةٌ له عن ارتكاب الفاحشةِ، وكانت جنايتُه عند وجودِها متغلِّظةٌ، فإن الجنايةَ والمعصيةَ عند تكاملِ نِعَمِ المُنعِم أقبحُ وأفحشُ، فتناسَبَ تغليظُ العقوبةِ في حقِّه.

وأما كونُهما على صفة الإحصان، فلأن كلَّ وطءٍ لا يُوجبُ إحصانَ أحدِ الواطِئَين لا يوجبُ إحصانَ الآخر كالمملوكين والمجنونَين. وصورته: لو تزوَّج بأمةٍ أو صبيَّةٍ أو مجنونةٍ أو كافرةٍ ودخل بها، لم يصِرْ محصَناً، وكذا لو كانت حرّةً عاقلةً بالغةً وهو عبدٌ أو صبيٌّ أو مجنونٌ، لا تصيرُ محصَنَةً إلا إذا دخلَ بها بعدَ الإسلامِ والعتقِ والبلوغِ والإفاقةِ، فحينئذٍ يصيرُ محصَناً بهٰذه الإصابةِ لا بما قبْلَها، لأن نِعَمَ

---

(1) في (م): والقصة، والمثبت من (س).

(2) أخرجه من حديث ابن عمر البخاري (٣٦٣٥) و(٦٨١٩)، ومسلم (١٦٩٩)، وهو في «المسند» (٤٥٢٩)، و«صحيح ابن حبان» (٤٤٣٥).

(3) سلف تخريجه ص٤٧٧.

(4) أخرجه من حديث عبادة بن الصامت مسلم (١٦٩٠)، وهو في «المسند» (٢٢٦٦٦)، و«صحيح ابن حبان» (٤٤٢٥).

ويَثبُتُ الإحصَانُ بالإقرَارِ، أو بِشَهادَةِ رَجُلَينِ، أو رَجُلٍ وامرأتَينِ، وكذٰلكَ إن كانَ بَينَهما ولد مَعرُوفٌ بهما.

الزوجيةِ لا تتكاملُ مع هٰؤلاء، لأن هٰذه المعاني تُنفِّرُ الطباعَ إما لعدواةِ الدِّين أو لذُلِّ الرِّقِّ أو لعَدَمِ العقلِ أو لنُقصانِه وعدمِ مَيل الصبيَّة إليه، فلا تتغلَّظُ جنايتُه. وعن أبي يوسف أنه لا يُشترط الدخولُ على صفةِ الإحصان، وعنه: أن الوطْءَ إذا حَصَل قبل العِتقِ ثم أُعتِقا صارا محصَنَين بالوطءِ الأوّل. والجوابُ عن الأوّل: أن كلَّ وطءٍ لا يوجبُ إحصانَ أحدِهما لا يوجب إحصانَ الآخر كما بينا. وعن الأخرى: أن كلَّ وطءٍ لا يوجبُ الإحصانَ عند وجودِه لا يوجبُه في الثاني من الزمان، كوطءِ المولى. وعن أبي يوسف: إذا دَخَل بامرأتِه ثم جُنَّ أو صار معتوهاً ثم أفاقَ، وقال: لا يكونُ محصَناً حتى يدخلَ بها: بعد الإفاقةِ، لأن الإحصانَ الأوّلَ بَطَلَ، فلا يثبُتُ إحصانٌ مستأنَفٌ إلا بدخولٍ مستأنفٍ.

قال: (**ويَثبُتُ الإحصَانُ بالإقرَارِ**) لأنه غيرُ متَّهم في حقٍّ نفسِه.

(**أو بِشَهادَةِ رَجُلَينِ، أو رَجُلٍ وامرأتَينِ**) لأن الإحصانَ ليس علَّةً لوجوبِ الرَّجْم، لأنه عبارة عن خِصالٍ حميدةٍ وأوصافٍ جميلةٍ، وذٰلك لا أثَرَ له في العقوبةِ، فلا يُشترط لثبوتِه ما يُشترط لوجوب الرَّجْم، وإنما الإحصانُ شرطٌ محضٌ.

(**وكذٰلكَ إن كانَ بَينَهما ولد مَعرُوفٌ بهما**) لأنه دليلٌ ظاهرٌ على الدخول في النكاحِ الصحيحِ، وذٰلك يثبتُ به الإحصان.

فصل

ومَن وَطِئَ جاريةَ وَلَدِه وإن سَفَلَ وقال: عَلِمتُ أنها عَليَّ حرامٌ، أو وَطِئَ جاريةَ أَبيه ـ وإن علا ـ أو أمّه أو زَوجَتِه أو سَيِّدِه، أو مُعتَدَّتَه عن ثلاثٍ وقال: ظَنَنتُ أنها حلالٌ، لم يُحَدَّ، ولو قال: عَلِمتُ أنها حرامٌ، حُدَّ. وفي جاريةِ الأخِ والعَمِّ يُحَدّ بكُلِّ حالٍ.

ويكفي في الإحصانِ أن يقول الشهودُ: دخل بها. وقال محمد: لا بدَّ أن يقولوا: باضَعَها أو جامَعَها، لأن الدخولَ مشتَرَكٌ، فلا يثبتُ الإحصانُ بالشَّكِّ. ولهما: أن الدخولَ متى أُضيفَ إلى المرأةِ بحرفِ الباءِ لا يُرادُ به إلا الجِماع، قال تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣]، والمراد: الجماع. ولو خلا بامرأةٍ ثم طلَّقها وقال: وطِئتُها، وأنكرَتْ صار محصَناً بإقرارِه، ولا تكون محصَنَةً لجحودِها، وكذا لو قالت بعد الطلاق: كنتُ نصرانيَّةً، وقال: كانت حرّةً مسلمةً.

وإذا كان أحدُهما محصَناً دونَ الآخر خُص كلّ واحدٍ بحدِّه، لأن جنايةَ أحدِهما أخفُّ والآخرِ أغلظ، فإذا اختلفا في الجناية اختَلَفا في موجبِها ضرورةً.

فصل

(**ومَن وَطِئَ جاريةَ وَلَدِه وإن سَفَلَ وقال: عَلِمتُ أنها عَليَّ حرامٌ، أو وَطِئَ جاريةَ أَبيه ـ وإن علا ـ أو أمِّه أو زَوجَتِه أو سيِّدِه، أو مُعتَدَّتَه عن ثلاثٍ وقال: ظَنَنتُ أنها حلالٌ، لم يُحَدَّ، ولو قال: عَلِمتُ أنها حرامٌ حُدَّ. وفي جاريةِ الأخِ والعَمِّ يُحَدّ بكُلِّ حالٍ**) والأصل في ذلك قوله عليه

السلام: «ادرَؤوا الحدودَ بالشُّبُهات»[1]. ثم الشبهةُ أنواع: شبهةٌ في المَحَلِّ، وشبهةٌ في الفِعل ـ وهي شبهةُ الاشتباه ـ، وشبهةٌ في العَقد.

أما الشبهةُ في المَحَلِّ: هو أن يَطَأَ جاريةَ ابنِه أو عبدِه المأذونِ المديونِ أو مكاتَبه، أو وَطِئَ البائعُ الجاريةَ المَبيعةَ بيعاً فاسداً قبلَ القبضِ وبعدَه، أو كان بشرطِ الخيارِ، أو وَطئَ الجاريةَ التي جَعَلها صَدَاقاً قبل التسليم، أو وَطئَ المُبانةَ بالكناياتِ في عِدَّتِها، أو وطئَ الجاريةَ المشتَرَكةَ، فإنه لا يجبُ الحدُّ في جميع هٰذه الصُّوَر وإن قال: علمت أنها عَلَيَّ حرام، لأن الشبهةَ في الملك وهو المحلُّ موجودةٌ سواءٌ عَلِمَ بالتحريم أو لم يَعْلَم.

وأما شبهةُ الفِعل: ففيما إذا وَطئَ جاريةَ أبيه أو أمِّه، أو جاريةَ زوجتِه، والمطلقةَ ثلاثاً أو على مالٍ في العدّةِ، أو أمَّ ولدِه بعد العتقِ في العدَّةِ أو جاريةَ مولاه، والمُرتَهِنُ يطأُ جاريةَ الرَّهْنِ في إحدى الروايتين، وفي روايةٍ: يجب الحدُّ، فإن قال: ظننتُ أنها حلالٌ، لا حدَّ عليه، وإن قال: علمتُ أنها حرامٌ، حُدَّ لأنه ظنّ أن الفِعلَ مباحٌ له كما يُباح له الانتفاعُ بمالِه، أو له نوعُ حقٍّ في المَحَلِّ ببقاءِ العدّةِ، فظنّ أن ذٰلك يُبيح وطأَها، فكان ظنُّه مستنداً إلى دليلٍ، فكان شبهةً في دَرْءِ الحدِّ إذا ادَّعى الحِلّ، وبدون الدعوى انعدمت الشبهةُ ولا يثبتُ النسب وإن ادَّعاه، لأنه زنًى محضٌ، لأن سقوط الحدِّ لاشتباه الأمرِ عليه لا للشبهةِ في

(١) حسن موقوفاً، وقد سلف تخريجه ص٤٥٢-٤٥٥.

. . . .

نفس الأمر، فإن حضرا فقال أحدُهما: ظننتُ أنه حلالٌ لا حدَّ على واحدٍ منهما حتى يُقِرَّا جميعاً بالحُرمة[1]، لأن أحدَهما إذا ادَّعى الشبهةَ خرج فعلُه عن أن يكون زنًى، فخرج فعلُ الآخر، فسَقَطَ الحدُّ عنهما. ولو وَطِئَ الجاريةَ المستأجَرَةَ أو المستعارةَ، أو جاريةَ أخيه أو عمِّه أو ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ غيرِ الولاد حُدَّ في الوجهين جميعاً، لأنه لا يَحِلُّ له الانتفاعُ بمال هٰؤلاء، وملكُ المنفعةِ لا يكون سبباً لملكِ المتعةِ بحال.

وأما شبهةُ العقدِ: بأن وَطِئَ امرأةً تزوَّجَها بغير شهودٍ، أو أمَةً بغيرِ إذنِ مولاها، أو تزوَّجَ العبدُ بغير إذنِ مولاه، أو أمَةً على حرّةٍ، لا حدَّ عليه؛ ولو تزوّج مجوسيةً، أو خمسةً في عقده، أو جَمَع بين أختين، أو تزوَّج بمحارِمِه فوَطِئها فإنه لا يُحَدُّ عند أبي حنيفة وإن قال: علمتُ أنها عَلَيَّ حرام. وعندهما: يُحَدُّ إذا كان عالماً بالحُرمة، لأنه عقدٌ لم يصادِف مَحَلَّه، لأن محلَّه ما يثبتُ فيه حكمُه، وحكمُه الحِلُّ وهو غيرُ ثابتٍ بالإجماع، فصار كإضافةِ العقدِ إلى الذَّكَر. ولأبي حنيفة: أنه عقدٌ صادَفَ مَحَلَّه، لأن محلَّه ما هو صالحٌ لحصول المقصود، والمقصودُ من النكاح التوالُدُ والتناسلُ، والأنثى من الآدميات قابلةٌ لذٰلك، وقضيتُه ثبوتُ الحِلِّ أيضاً، إلا أنه تقاعَدَ عنه فأورَثَ شبهةً، وأنها تكفي لسُقوط الحَدِّ، إلا أنه يجبُ عليه التعزيرُ ويوجَعُ عقوبةً، لأنه ارتَكَبَ جنايةً ليس فيها حدٌّ مقدَّرٌ، فيعزَّرُ.

---

(١) تحرفت في (س) إلى: بالحركة، والتصويب من (م).

وَلَوْ اسْتأجَرَ امْرأةً لِيَزْنِيَ بِهَا وَزَنى بِهَا، أَوْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيما دُونَ الفَرْجِ، أَوْ لاطَ فَلا حَدَّ عَلَيْهِ وَيُعَزَّرُ، . . . .

قال: (**وَلَوْ اسْتأجَرَ امْرأةً لِيَزْنِيَ بِهَا وَزَنى بِهَا، أَوْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيما دُونَ الفَرْجِ، أَوْ لاطَ فَلا حَدَّ عَلَيْهِ وَيُعَزَّرُ**) وقالا: يُحَدُّ في المسائلِ كلِّها. لهما: في الإجارةِ أن منافعَ البُضْع لا تُملَكُ بالإجارةِ، فصار وجودُ الإجارةِ وعدمُها سواءً، فصار كأنه وَطِئها من غير شرطٍ. وله ما روي أن امرأةً استسقت راعياً لبناً، فأبى أن يَسقِيها حتى تمكِّنه من نفسِها ففعلت، ثم رُفع الأمرُ إلى عمرَ رضي الله عنه، فدَرَأ الحدَّ عنهما وقال: ذٰلك مَهرُها[1]. ولأن الإجارة تمليكُ المنافع، ومنافعُ البُضع منافعُ، فأورث شبهةً وصار كالمُتعةِ.

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٢٩ وقال: أخرج محمد بن الحسن في «الأصل»، وطلحة بن محمد الحافظ في «مسند أبي حنيفة» عن أبي حنيفة، عن الوليد بن عبد الله بن جميع الزهري الكوفي، عن واثلة بن الأسقع: أن امرأة خرجت مع إخوة لها فاستأثروا بالحملان ثم بالطعام فأجاعوها ثم بالشراب فأعطشوها، فلما بلغها الجهد رجعت، فلقيها راعي غنم، فاستسقته، فأبى إلا أن تمكنه من نفسها، ففعلت ووقع عليها، فقدمت المدينة حبلى، فأتى بها إخوتها عمر بن الخطاب، فذكرت ذٰلك له، فخلى سبيلَها ولم يقم عليها الحد، قال محمد في «الأصل»: لأنها مضطرة. ثم أخرج عن عمر رضي الله عنه: أن امرأة سألت رجلاً شيئاً، فأبى أن يعطيها حتى أمكنته من نفسها فقالت عمر: هٰذا مهر درأت عنها الحد.

وأخرج سعيد بن منصور في «سننه» (٢٠٨٣) عن أبي عوانة، عن أبي بشر، عن أبي الضحى قال: جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت: =

. . . .

ولهما في اللِّواطةِ أنها كالزنى، لأنها قضاءُ الشهوةِ في محلٍّ مشتهىً على وجه الكمال، وقد تمحَّض حراماً، فيجبُ الحدُّ كالزنى، والصحابةُ أجمَعوا على وجوبِ الحدِّ فيها، لٰكن اختلفوا فيه. قال أبو بكر رضي الله عنه: يُحرَقُ بالنار[1]. وقال عليٌّ رضي الله عنه: عليه حدُّ الزنى[2]. وقال بعضهم: يُحبَسانِ في أنتَنِ موضعٍ حتى يموتا. وقال بعضُهم: يُهدمَ عليهما جدارٌ. وقال ابن عباس: يُنَكَّس من مكان

= إني زنيت، فرددها حتى أقرت أشهدت أربع مرات، ثم أمر برجمها، فقال له علي: سلها ما زناها؟ فلعل لها عذراً، فسألها، فقالت: إني خرجت في إبل أهلي ولنا خليط، فخرج في إبله، فحملت معي ماء ولم يكن في إبلي لبن، وحمل خليطي ماء ومعه في إبله لبن، فنفد مائي فاستسقيته، فأبى أن يسقيني حتى أمكنته من نفسي، فأبيت فلما كادت نفسي تخرج أمكنته، فقال علي: الله أكبر، أرى لها عذراً ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ فخلى سبيلها.

وأخرج البيهقي في «سننه» ٨/ ٢٣٦ من طريق وكيع، عن الأعمش، عن سعد بن عبيدة، عن أبي عبد الرحمٰن السلمي قال: أتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه بامرأة جهدها العطش، فمرت على راع، فاستسقت، فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها، ففعلت فشاور الناس في رجمها، فقال علي رضي الله عنه: هٰذه مضطرة أرى أن تُخلي سبيلَها، ففعل.

وانظر «مصنف عبد الرزاق» (١٣٦٥٢) و(١٣٦٥٣) و(١٣٦٥٤).

(١) أخرجه البيهقي ٨/ ٢٣٢، وقال ابن قطلوبغا ص٣٢٩: وهٰذا ضعيف جداً.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة ٩/ ٥٣٠ من طريق يزيد بن قيس: أن علياً رجم لوطياً.

. . . .

مرتفع[1]. وله: أنه لا يسمَّى زنًى لا لغةً ولا شرعاً، لأن كلَّ واحدٍ منهما اختُصَّ باسم، وأنه ينفي الاشتراكَ، كاسم الحمارِ والفرسِ، فلا يكون زنًى، فلا يلحَقُ بالزنى في الحدِّ، إذ الحدودُ لا تثبُتُ قياساً، ولأنه لا يوجبُ المالَ بحالٍ مَّا، فلا يتعلَّقُ به الحدُّ، كما إذا فَعَلَ فيما دونَ السبيلين، ولأنه لو كان زنًى لما اختلفتِ الصحابةُ في حدِّه، فإن حدَّ الزنى منصوصٌ عليه في محكَم القرآن ومتواترِ السنة، وليس هو في معنى الزنى، لأنه ليس فيه إضاعةُ الولد ولا اشتباهُ الأنساب، فلا يلحَقُ به. وقوله عليه السلام: «اقتُلوا الفاعلَ والمفعولَ به»[2] محمولٌ على الاستحلال أو السياسةِ لوجوب القتلِ مطلقاً من غير اشتراطِ الإحصان، ويجبُ التعزير عند أبي حنيفة لما قلنا، ويُسجَنُ زيادةً في العقوبة لِغلظِ الجناية.

وأما وطءُ الأجنبية فيما دون الفَرْج، فإن كان في الدُّبُر فهو كاللِّواطةِ حُكماً واختلافاً وتعليلاً، وإن كان فيما دونَ السبيلين فإنه يعزَّرُ بالإجماع، لأنه جنايةٌ ليس فيها عقوبةٌ مقدَّرةٌ، فيعزَّر.

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة ٩/ ٥٢٩ بلفظ: ينظر أعلى بناء في القرية فيرمى به منكساً ثم يتبع بالحجارة. ثم أخرج ٩/ ٥٣٠ عنه أنه يرجم. وهٰذه الرواية الثانية أخرجها أبو داود (٤٤٦٣).

(٢) أخرجه من حديث ابن عباس أبو داود (٤٤٦٢)، وابن ماجه (٢٥٦١)، والترمذي (١٤٥٦)، وهو في «المسند» (٢٧٢٧). وإسناده ضعيف. وانظر تمام تخريجه فيه.

ولو زُفَّتْ إليه غيرُ امرأتِه فوَطِئَها لا يُحَدُّ وعليه المَهْرُ. ولو وَجَدَ على فِراشِه امرأةً فوَطِئَها حُدَّ. والزِّنى في دارَي الحَرْبِ والبَغْيِ لا يُوجِبُ الحَدَّ. . . . .

قال: (ولو زُفَّتْ إليه غيرُ امرأتِه فوَطِئَها لا يُحَدُّ وعليه المَهْرُ) بذٰلك حَكَم عمرُ رضي الله عنه[1]، ولأن الرجلَ لا يَعرِفُ امرأتَه أوّلَ مرّة إلا بإخبارِ النساءِ، فقد اعتَمَدَ دليلاً، لأن الملكَ ثابتٌ من حيثُ الظاهرُ بإخبارِهنَّ، ولا يُحَدُّ قاذفُه لأن الملكَ معدومٌ حقيقةً.

قال: (ولو وَجَدَ على فِراشِه امرأةً فوَطِئَها حُدَّ) لأنه يمكنُه معرفةُ زوجتِه بكلامها وصوتها وجَسِّها وحركتِها ومَسِّها، فإذا لم يتفحَّصْ عن ذٰلك لم يُعذَرْ، بخلاف ما تقدَّم، وكذٰلك الأعمى إلا إذا دعاها فقالت: أنا زوجتُك، لأنه اعتمَدَ إخبارَها وهو دليلٌ، ولو أجابتْه ولم تقل: أنا فلانةُ حُدَّ، لأنه يمكنُه التفحُّصُ بالسؤال وغيرِه، لأن الجوابَ قد يكونُ من غيرِ مَن ناداها، فيجبُ عليه التفحُّص عن حالها.

قال: (والزِّنى في دارَي الحَرْبِ والبَغْيِ لا يُوجِبُ الحَدَّ) إذ المقصودُ هو الانزجارُ، وهو غيرُ حاصلٍ لانقطاع الولايةِ، لأنه إذا لم ينعقِدْ موجِباً لا ينقلبُ موجِباً، حتى لو غزا الإمامُ أو مَن له ولايةُ الإقامةِ، فإنه يقيمُ الحدَّ عليهم، لأنهم تحت ولايتِه.

---

(١) قال ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٣٠: هٰكذا في النسخ، وقال في «الهداية»: حكم بذٰلك علي، وقال المخرجون: لم نجده. قلت: الصواب ما في «الهداية»، وكذٰلك أخرجه عبد الرزاق (١٠٧١٥)، ومحمد بن الحسن في «الأصل».

وواطِئُ البَهيمةِ يُعزَّرُ. ولو زَنَى بِصبيَّةٍ أو مَجنونَةٍ حُدَّ. ولو طاوعَتِ العاقلةُ البالغةُ صبيّاً أو مَجنُوناً لا تُحَدُّ.

قال: (**وواطِئُ البَهيمةِ يُعزَّرُ**) لأنه ليس بزنًى ولا معناه، فلا يجبُ الحدُّ، فيعزَّرُ لما بينا. وذكر ابنُ سَمَاعة عن أصحابنا: أنَّ كلَّ ما لا يؤكَلُ لحمُه يُحرَقُ بالنار، لما روى أبو يوسفَ بإسنادِه إلى عمرَ رضي الله عنه أنه أُتي برجلٍ وقَعَ على بهيمةٍ، فعزَّره وأمر بالبهيمةِ فذُبِحت وأُحرِقَتْ بالنار[1]. وإن كان ما يُؤكَلُ تُذبَحُ وتُؤكَلُ ولا تُحرَقُ، وقالا: يُحرَقُ أيضاً، هٰذا إذا كانت البهيمةُ للفاعل، وإن كانت لغيرِه يُطالَبُ صاحبُها أن يدفَعَها إليه بقيمتِها ثم يذبحُها، وهٰذا إنما يُعرَفُ سماعاً لا قياساً.

قال: (**ولو زَنَى بِصبيَّةٍ أو مَجنونَةٍ حُدَّ**) خاصةً.

(**ولو طاوعَتِ العاقلةُ البالغةُ صبيّاً أو مَجنُوناً لا تُحَدُّ**) والفرق أن الحدَّ يجبُ على الرجل بفعلِ الزِّنى، وعلى المرأةِ بالتمكين من الزِّنى، والمأخوذُ في حدِّ الزِّنى الحرمةُ المَحْضَةُ. وذٰلك غيرُ موجود في فعلِ الصبيِّ لعدم المخاطَبَةِ نحوَه، فلا يكون فعلُها تمكيناً من الزِّنى فلا يجب الحدُّ، وفعلُ العاقلِ البالغِ تمَحَّضَ حراماً، فوجبَ عليه الحدُّ، ولم يجب على الصبيَّةِ والمجنونةِ لعدم التكليف.

---

(١) أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» في آخر الحدود بلاغاً فيما ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٣٠.

وأكثرُ التَّعزيرِ تسعَةٌ وثلاثونَ سَوطاً، وأقلُّهُ ثلاثةٌ، . . . .

قال: (وأكثرُ التَّعزيرِ تسعَةٌ وثلاثونَ سَوطاً، وأقلُّهُ ثلاثةٌ) وقيل: ما يراه الإمامُ، وقيل: بقَدْر الجنايةِ. والأصلُ أن يعزِّرَه بما ينزجِرُ به في أكبرِ رأيِه، لاختلاف طِباع الناسِ في ذٰلك، وإن رأى الإمامُ أن يضُمَّ الحَبْسَ إلى التعزير فَعَلَ، لأنه يصلُحُ زاجراً، حتى يُكتَفَى به، وقد وَرَدَ الشرعُ به. وقال أبو يوسف: أكثرُه خمسةٌ وسبعون سوطاً، وفي روايةٍ: تسعةٌ وسبعون، والأصلُ في ذٰلك قوله عليه السلام: «من بَلَغَ حدّاً في غيرِ حدٍّ فهو من المُعتَدين»[1]، فهما اعتَبَرا أدنى الحُدود، وهو حدُّ العبدِ في الشرب والقذفِ وهو أربعونَ، فنَقَصا عنه سوطاً، وأبو يوسف اعتَبَرَ الأقلَّ من حدود الأحرار وهو ثمانون، فنَقَصَ عنه خمسةً في رواية، وهو مأثورٌ عن عليٍّ رضي الله عنه[2]، وفي روايةٍ: سوطاً، وهو

---

(١) أخرجه البيهقي ٨/ ٣٢٧ من طريق عبد الله بن محمد بن ناجية، حدثنا محمد بن حصين الأصبحي، حدثنا عمر بن علي المقدمي، حدثنا مسعر، عن خاله الوليد بن عبد الرحمٰن، عن النعمان بن بشير كذا قال: قال رسول الله ﷺ: «من ضرب - وفي رواية الأصبهاني من بلغ - حدّاً في غير حد، فهو من المعتدين». قال البيهقي: والمحفوظ هٰذا الحديث مرسل.

فأخرجه من طريق علي بن حرب، عن أبي داود، عن مسعر، عن الوليد، عن الضحاك قال: قال النبي ﷺ: «من بلغ حدّاً في غير حد فهو من المعتدين».

قلنا: وقد عزا هٰذه الرواية المرسلة الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٥٤ إلى محمد ابن الحسن في «الآثار» فساقه من طريق مسعر، به.

(٢) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٣٠ وقال: قال مخرجو أحاديث «الهداية»: لم نجده، ويُعارضه ما في «الصحيحين» عن أبي بردة=

والتَّعزيرُ أشَدُّ الضَّرْبِ، ثُمَّ حَدُّ الزِّنى، ثمَّ الشُّرْبِ، ثُمَّ حَدُّ القَذْفِ.

باب حد القذف

. . . .

قولُ زفر، وهو القياسُ، لأنه نقصانٌ حقيقةً.

وتعزيرُ العبدِ أكثرُه خمسةٌ وثلاثون عند أبي يوسفَ، فلا يبلُغُ في تعزيرِه حدَّ العبيد، ولا في تعزيرِ الحُرِّ حدَّ الأحرار.

قال: (والتَّعزيرُ أشَدُّ الضَّرْبِ) لأنه خُفِّف من جهةِ العددِ، فيثقَّلُ من جهة الوصفِ، كيلا يفوتَ المقصودُ وهو الانزجارُ، ولهٰذا قلنا: لا يفرَّقُ على الأعضاء.

قال: (ثُمَّ حَدُّ الزِّنى) لأنه ثَبَتَ بدليلٍ مقطوعٍ به وهو الكتابُ، ولأنه أعظمُ جريمةً، حتى وَجَبَ فيه الرَّجْمُ.

قال: (ثمَّ حدُّ الشُّرْبِ) لأن سببَه متيقَّنٌ به.

قال: (ثُمَّ حَدُّ القَذْفِ) لأن سببَه محتَملٌ، لأنه يحتملُ صِدْقَ القاذفِ.

باب حد القذف

القَذْفُ في اللغة: الرَّميُ مطلقاً، ومنه القَذَّفةُ والقَذيفةُ: للمِقْلاع الذي يُرمَى به. وقولهم: هم بين قاذفٍ وحاذِفٍ: أي: رامٍ بالحَصَى

= رفعه قال: لا يجلد فوقَ عشرة أسواط إلا في حَدٍّ. قلنا: هو عند البخاري (٦٨٤٨)، ومسلم (١٧٠٨).

وهو ثَمانُونَ سَوطاً للحُرّ وأربعُونَ لِلعَبدِ. ويَجِبُ بِقَذفِ المُحصَنِ بِصَريحِ الزِّنى، وتَجِبُ إقامتُه بِطَلَبِ المَقذُوفِ. ....

وحاذفٍ بالعصا. والتقاذُفُ: التَّرامي، ومنه الحديث: كان عند عائشةَ رضي الله عنها قَيْنَتان تُغنِّيان بما تقاذَفَ به الأنصارُ من الأشعار يومَ بُعاث»[1]. أي: تشاتَمَتْ، وفيه معنى الرَّمي، لأنَّ الشَّتْمَ رميٌ بما يُعيبُه ويَشِينُه.

وهو في الشرع: رميٌ مخصوصٌ، وهو الرميُ[2] بالزِّنى، ومنه الحديث: إنَّ هلالَ بن أميَّةَ قَذَفَ زوجتَه[3]، أي: رماها بالزِّنى. وقد تكرر في الحديث.

وفيه الحَدُّ (وهو ثَمانُونَ سَوطاً لِلحُرِّ، وأربعُونَ لِلعَبدِ. ويَجِبُ بقَذفِ المُحصَنِ بصَريحِ الزِّنى) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً﴾ [النور: ٤]، والمرادُ بالرمي: القذفُ بالزِّنى إجماعاً. ويتَنَصَّفُ في العبدِ لما مرَّ.

(وتَجِبُ إقامتُه بِطَلَبِ المَقذُوفِ) لما فيه من حقِّه وهو دفعُ العار عنه. وصريحُ الزِّنى قولُه: يا زاني، أو زنيتَ، أو يا ابنَ الزانيةِ. ولو قال: يا ابنَ الزِّنى، فهو قذفٌ، معناه: أنتَ متولِّدٌ من الزِّنى. ويجبُ الحدُّ بأيِّ لسانٍ قَذَفَه. ويجبُ عند عَجْزِ القاذفِ عن إقامةِ أربعةِ شهودٍ

---

(١) أخرجه البخاري (٩٥٢)، ومسلم (٨٩٢)، وهو في «المسند» (٢٥٠٢٨) و«صحيح ابن حبان» (٥٨٧٧).

(٢) من قوله: بما يعيبه إلى هنا سقط من (س)، واستدركناه من (م).

(٣) سلف تخريجه ٢/ ٣٣٩.

ويُفَرَّقُ عليه ولا يُنزَعُ عنه إلاَّ الفَرْوُ والحَشْوُ. ويَثبُتُ بإقرارِه مَرَّةً واحدةً، وبِشَهادةِ رَجُلينِ، ولا يبطُلُ بالتَّقادُمِ والرُّجُوعِ.

وإحصانُ القَذْفِ: العَقْلُ والبُلُوغُ والحُرِّيَّةُ والإسلامُ والعِفَّةُ عن الزِّنى.

ومَن قال لغيرِه: يا ابنَ الزَّانِيةِ، أو لَستَ لأبيكَ، حُدَّ. . . . .

على صِدْقِ مقالتِه، فيُضرَبُ ثمانين، وتُرَدُّ شَهادتُه أبداً لما تَلَونا من صريحِ النَّص.

قال: (ويُفَرَّقُ عليه) لما مرَّ في حدِّ الزِّنى (ولا يُنزَعُ عنه إلاَّ الفَرْوُ والحَشْوُ) لأن سببَه غيرُ مقطوعٍ به، وإنما يُنزَعُ عنه الفروُ والحَشْوُ لأنه يَمنَعُ إيصالَ الألَمِ إليه.

قال: (ويَثبُتُ بإقرارِه مَرَّةً واحدةً وبِشَهادةِ رَجُلينِ) كما في سائرِ الحقوق على ما مرَّ في الشهادات.

(ولا يَبطُلُ بالتَّقادُمِ والرُّجُوعِ) لتعلُّق حقِّ العبدِ به لما مرَّ في حدِّ الزِّنى.

قال: (وإحصانُ القَذْفِ: العَقْلُ والبُلُوغُ والحُرِّيَّةُ والإسلامُ والعِفَّةُ عن الزِّنى) أما الحريةُ والإسلامُ فلما مرَّ في حدِّ الزِّنى، وأما العقلُ والبُلوغُ: فلأنَّ الصبيَّ والمجنونَ لا يَلحَقُهما العارُ لعدم تحقُّق فِعلِ الزِّنى منهما، وأما العِفَّةُ: فلأن غيرَ العَفيف لا يلحقُه العارُ، ولأن حدَّ القذف يجبُ جزاءً على الكَذِبِ، والقاذفُ لغير العفيفِ صادقٌ.

قال: (ومَن قال لغيرِه: يا ابنَ الزَّانِيةِ، أو لَستَ لأبيكَ، حُدَّ) لأنه صريحٌ في القذف، لأن قوله: لستَ لأبيك، كقوله: يا ابنَ الزانية، ولو

نفاه عن جَدِّه، أو نَسَبَه إليه أو إلى خالِه أو عمِّه أو زوجِ أُمِّه، أو قال: يا ابنَ ماءِ السماء لم يُحَدَّ، لأن نفيَه عن جدِّه صِدْقٌ، ونسبتُه إليه وإلى هٰؤلاء مجازٌ عادةً وشرعاً. قال تعالى: ﴿وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَٰعِيلَ﴾ [البقرة: ١٣٣]، وإبراهيمُ جدُّه، وإسماعيلُ عمُّه، وقولُه يا ابنَ ماءِ السماء يرادُ به التشبيه في السَّماحةِ والصَّفاء وطهارةِ الأصل، حتى لو كان رجلاً اسمُه ماءُ السماء، وأراد نسبتَه إليه فهو قَذْفٌ. ومَن قال لغيره: لستَ بابنِ فلانٍ، إن كان في حالةِ الغَضَب حُدَّ لأنه يُرادُ به السَّبُّ، وإن لم يكن في حالةِ الغَضَب لا يُحَدُّ، لأنه يُرادُ به المعاتبةُ عادةً بنفي شَبَهِه لأبيه في الكَرَم والمُروءةِ. ولو قال لامرأةٍ: زنيتِ بحمارٍ أو بِثورٍ لا يُحَدُّ، ولو قال: زنيتِ بدراهمَ أو بثوبٍ أو بناقةٍ حُدَّ، لأن معناه: زنيتِ وأخذْتِ هٰذا. وفي الرجل لا يُحَدُّ في جميع ذٰلك لأنَّ الرجلَ لا يأخُذُ المال على الزِّنى عرفاً، ولو قال لأجنبيةٍ: يا زانيةُ، فقالت: زنيتُ بكَ، لا يُحَدُّ الرجلُ لتصديقِها، وتُحَدُّ المرأةُ لقَذْفِها الرجل.

قال: (**ولا يُطالِبُ بِقَذفِ المَيِّتِ إلاَّ مَن يَقَعُ القَدْحُ بِقَذفِه في نَسَبِه**) لأن العارَ يلحَقُهم للجُزئيَّة.

ويُحدُّ بقَذْفِ أصولِه دونَ فُروعه، فيثبُتُ للولدِ وولدِ الولدِ وإن كان كافراً أو عبداً، لأن الشرطَ إحصانُ الذي يُنسَبُ إلى الزنى، حتى يقعُ تعييراً كاملاً، ثم يرجعُ هٰذا التعييرُ إلى ولدِه، والرِّقُ والكُفْرُ لا ينافي أهليَّة الاستحقاق، بخِلاف ما إذا وَقَعَ القذفُ ابتداءً للكافرِ والعبدِ، لأنه

وليسَ لِلابنِ والعَبدِ أن يُطالِبَ أباه وسَيِّدَه بِقَذفِ أُمِّهِ الحُرَّةِ. ومَن وَطِئَ وَطْئاً حراماً في غير مِلْكِه والمُلاعِنةُ بِولدٍ لا يُحَدُّ قاذِفُهما، وإن لاعَنَتْ بِغيرِ وَلَدٍ حُدَّ.

لم يوجدِ التعييرُ كاملاً على ما بينا. وعن محمد: ليس لولدِ البنتِ طلبُ الحَدِّ بقذْفِ جَدِّه أبي أُمِّه، لأن نسبتَه إلى غيرِه، وجوابُه أن العارَ يلحقُه كما يلحقُ ولدَ الابن، فكانوا سواءً.

ومَن قَذَفَ امرأةً ميِّتةً فصدَّقَه بعضُ الوَرَثَة يُحَدُّ للباقين، لأن قَذْفَ الأمِّ تناولَ الكُلَّ، فكان بمنزلةِ ما لو قَذَفَ الكُلَّ فصدَّقَه البعضُ دونَ البعض، فإنه يُحَدُّ لمن لم يصدِّقْه.

قال: (**وليسَ لِلابنِ والعَبدِ أن يُطالِبَ أباه وسَيِّدَه بِقَذفِ أُمِّهِ الحُرَّةِ**) لأن الأبَ لا يعاقَبُ بسببِ ابنِه، ولا السيِّدُ بسببِ عبدِه، حتى لا يُقتلان بهما.

قال: (**ومَن وَطِئَ وَطْئاً حراماً في غير مِلْكِه والمُلاعِنةُ بِولدٍ لا يُحَدُّ قاذِفُهما**) لفوات العِفَّة، وكذا إذا قَذَفَ امرأةً معها أولادٌ لا يُعرَفُ لهم أبٌ، لأن ذلك أمارةُ الزِّنى. (**وإن لاعَنَتْ بِغيرِ وَلَدٍ حُدَّ**) لعدم أمارةِ الزِّنى. اعلم أن من وطِئَ وطئاً حراماً فلا يخلو إما إن كان حراماً لعينِه أو لغيرِه، فإن كان لعينِه سقَطَ إحصانُه لأنه زنًى، فلا يُحَدُّ قاذفُه، وإن كان حراماً لغيرِه لا يسقُطُ إحصانُه ويُحدُّ قاذفُه لأنه ليس بزنًى، فالوطءُ في غير المِلْكِ من كلِّ وجهٍ أو من وجهٍ حرامٌ لعينِه، وكذا الوطءُ في مِلْكِه والحرمةُ مؤبدَّةٌ، وإن كانت مؤقَّتةً فالحرمةُ لغيره. وعند أبي حنيفةَ: يُشترطُ للحُرمةِ المؤبَّدَةِ الإجماعُ أو الحديثُ المشهور.

بيانُ ذٰلك في صُوَرِ المسائل وهي: الوطءُ بالنكاحِ الفاسدِ والأَمَةِ المستحقَّةِ والإكراهِ على الزِّنى والمجنون والمطاوَعَة، والمحرَّمةُ بالمصاهَرَةِ بالوطء، ووطءُ الأبِ جاريةَ ابنهِ، ففي هٰذه المسائل يسقُطُ الإحصانُ ولا يُحَدُّ قاذفُه، لأنه حرامٌ لعينهِ وإن لم يأثم إما للجهلِ أو للإكراه، بخلافِ ثُبوت المصاهَرَةِ بالتقبيل والمَسِّ، لأن كثيراً من الفقهاء لا يَرَون ذٰلك محرَّماً، ولا نصَّ في إثباتِ الحُرمةِ، بل هو نوعُ احتياطٍ إقامةً للسبب مقامَ المسبَّب، فلا يسقطُ الإحصانُ الثابتُ بيقينٍ بالشَّكِّ. وذَكَر في «المحيط» عن أبي يوسفَ ومحمد: يسقُطُ إحصانُه لأنها حرمةٌ مؤبَّدَةٌ عندهما، وجوابُه ما مرّ[1]، بخلاف الوطءِ لأن فيه نصّاً، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢]، وقد قام الدليلُ على أن النكاحَ حقيقةٌ في الوطءِ، ولا اعتبارَ للاختلافِ مع صريحِ النَّصِّ.

وأما الحُرمةُ المؤبَّدَةُ في المِلْكِ: الأختُ من الرَّضاع، والجاريةُ المشتَرَكةُ، فإنما يسقُطُ الإحصانُ لأنَّه ينافي مِلْكَ المتعةِ، فيكون الوطءُ واقعاً في غيرِ المِلْكِ، فيصيرُ له شَبَهاً بالزِّنى. والحُرمةُ المؤقَّتةُ: كالمجوسيَّةِ، والحائضِ، والمُظاهَرِ منها، والمحرَّمةِ باليمين، والأَمةِ المنكوحةِ، والمعتدَّةِ من غيره، ووطءِ الأختين بمِلْكِ اليمين، والمكاتَبَةِ، والمُشتراةِ شِراءً فاسداً، فلا يسقُطُ الإحصان، لأنَّ مع قيام

(١) قوله: وذكر في «المحيط» إلى هنا سقط من (س)، واستدركناه من (م).

والمُستأمَنُ يُحَدُّ للقَذْفِ. وإذا ماتَ المَقذُوفُ بَطَلَ الحَدُّ، ولا يُورَثُ، ولا يَصِحُّ العَفْوُ عنه ولا الاعتِياضُ.

المالكِ في المَحَلِّ لا يكون الفعلُ زنًى ولا في معناه، والحرمةُ على شرف الزوال.

ومَن قَذَفَ كافراً زنى في حالةِ الكُفْر لا يُحدُّ، لأن زناه في الكُفر حرامٌ. ولو قذف مكاتَباً ماتَ عن وفاءٍ لا يُحَدُّ لوقوع الاختلافِ في حرِّيَّته. ولو قَذَفَ مجوسيّاً تزوَّجَ بأمِّه ودخَلَ عليها ثم أسلَمَ حُدَّ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، بناءً على أن له حُكمَ الصحةِ عنده، خلافاً لهما، وقد مرَّ في النكاح.

قال: (**والمُستأمَنُ يُحَدُّ للقَذْفِ**) لما فيه من حقِّ العبدِ، وقد التَزَم إيفاءَ حقوقِ العباد. وكان أبو حنيفةَ يقول أوّلاً: لا يُحَدُّ لغَلَبَةِ حقِّ الله تعالى، والمختارُ الأوّلُ. ولا يُحَدُّ في الخمر بالإجماع، لأنه يرى حِلَّه، وأما حدُّ الزِّنى والسرقةِ، قال أبو يوسف: يُحَدُّ فيهما كالذِّميِّ، ولهٰذا يُقتَصُّ منه بالإجماع. ولا يُحَدُّ فيهما عندهما لأنه لا يلزمُه إلا ما التَزَمَ، وهو إنما التَزَمَ حقوقَ العباد ضرورةَ التمكُّنِ من المعاوضات والرجوعِ إلى بلدِه، ولم يلتزم حقوقَ الله تعالى، بخلاف القِصاص فإنَّه حقُّ العباد.

قال: (**وإذا ماتَ المَقذُوفُ بَطَلَ الحَدُّ**) ولو مات بعدَما أقيمَ بعضُ الحدِّ بَطَلَ الباقي.

(**ولا يُورَثُ، ولا يَصِحُّ العَفْوُ عنه ولا الاعتِياضُ**) وكذا يجري فيه التداخلُ، وهٰذا بناء على أن الغالبَ فيه حقُّ الشرع، ولا خلافَ أن فيه

فصل

ومَن قـال لِمُسلِم: يا فاسِقُ، أو يا خَبيثُ، أو يا كافرُ، أو يا سارِقُ، أو يا مُخَنَّثُ عُزِّرَ، وكذٰلكَ يا حِمارُ يا خِنزيرُ إن كان فَقِيهاً أو عَلَوِيّاً. . . . . . .

حقَّ العبد والشرع، لأنه شُرع لدفع العارِ عن المقذوفِ، وهو المنتفِعُ به، وفيه معنى الزَّجْر، ولأجله يسمَّى حداً، والمرادُ بالزَّجر: إخلاءُ العالَم عن الفساد، وهٰذا آية حقِّ الشرع. ثم اختَلَفوا في الغالِبِ منهما، فأصحابُنا غلَّبوا حقَّ الشرع، لأن حقَّ العبد يتولّاه مولاه، فيصيرُ حقُّ العبد مستوفىً ضمناً لحقِّ المولى، ولا كذٰلك بالعكس، إذ لا ولايةَ للعبد على استيفاءِ حقِّ الشرع إلا بطريق النيابةِ.

فصل

(**ومَن قال لِمُسلِم: يا فاسِقُ، أو يا خَبيثُ، أو يا كافرُ، أو يا سارِقُ، أو يا مُخَنَّثُ عُزِّرَ**) لأنه آذاه بذٰلك وألحَقَ به الشَّينَ، والحُدود لا تثبُتُ قياساً، فوجب التعزيرُ لينزجِرَ عن ذٰلك ويَعتَبرَ غيرُه. وفي «المجرَّد» عن أبي حنيفة: يا شاربَ الخمر، يا خائنُ يُعزَّر، وكذٰلك لو قال: إنك تُؤوي اللُّصوصَ، أو تؤوي الزَّواني لما بينا.

(**وكذٰلكَ يا حِمارُ يا خِنزيرُ إن كان فَقِيهاً أو عَلَوِيّاً**) وكذٰلك يا ثورُ، يا كلبُ، لأنه يَلحَقُه بذٰلك الأذى دون الجاهِل العامِّيِّ. وقيل: يُعزَّرُ في حقِّ الكلِّ في عُرفنا، لأنهم صاروا يَعدُّونه سبّاً. وقيل: لا يُعزَّرُ في حقِّ الكلِّ لأنا تيقنّا بنفيه، فما لَحِقَه به شَينٌ، وإنما لَحِقَ القاذفَ شَينٌ

وَمَن حَدَّهُ الإمامُ أو عَزَّرَه فماتَ فهو هَدْرٌ. ولِلزَّوجِ أن يُعَزِّرَ زَوجَتَه على تَركِ الزِّينةِ، وتَرْكِ إجابَتِه إلى فِراشِه، وتَرْكِ غُسْلِ الجَنابةِ، وعلى الخُرُوجِ من المَنزِلِ. ومَن سَرَقَ، أو زَنَى، أو شَرِبَ غيرَ مَرَّةٍ فحُدَّ فهو لِلكُلِّ. . . . . . .

الكذب، ولأنه إنما يُشبَّه بهٰذه الأشياء بسوءِ خُلُقه أو قُبح خَلْقِه، وليس ذٰلك بمعصيةٍ.

رجلٌ زنى بامرأةٍ ميِّتةٍ يعزَّرُ.

قال: (**ومَن حَدَّهُ الإمامُ أو عَزَّرَه فماتَ فهو هَدْرٌ**) لأنه مأمورٌ من جهة الشرع، فلا يتقيَّدُ بالسلامة كالفَصَّاد، أو نقول: استوفَى حقَّ الله تعالى بأمرِه، فكأن الله تعالى أماتَه بغيرِ واسطةٍ، فلا يجبُ الضمان.

قال: (**ولِلزَّوجِ أن يُعَزِّرَ زَوجَتَه على تَركِ الزِّينةِ**) إذا أرادها (**وتَرْكِ إجابَتِه إلى فِراشِه، وتَرْكِ غُسْلِ الجَنابةِ، وعلى الخُرُوجِ من المَنزِلِ**) لأنه يجبُ عليها طاعتُه وطاعةُ الله تعالى، فتُعزَّرُ على المخالفةِ.

(**ومَن سَرَقَ، أو زَنَى، أو شَرِبَ غيرَ مَرَّةٍ فحُدَّ فهو لِلكُلِّ**) لأن المقصودَ الانزجارُ وأنه يُحتَمَلُ حصولُه بالأوَّل، فيتمكنُ في الثاني شبهةُ عدم المقصود، فلا يجبُ. أما لو زنى وسَرَقَ وشَربَ فإنه يجبُ لكلِّ واحدٍ حدٌّ على حِدَةٍ، لأنه لو ضُرب لأحدِها ربما اعتَقَدَ أنه لا حدَّ في الباقي، فلا ينزجرُ عنها، ولا كذٰلك إذا اتحدتِ الجِنايةُ.

ولو أُقيم على القاذفِ تسعةٌ وسبعون سَوطاً فقَذَفَ آخرَ لم يُضْرَبْ إلا ذٰلك السوط للتداخُل، فإنه مما يَتَداخلُ لغَلَبةِ حقِّ الشرع، ولأن المقصودَ إظهارُ كَذِبه ليندفعَ به العارُ عن المقذوف، وذٰلك يحصُل في حقِّهما بالسوط الواحد.

وإذا اجتَمَعَ حدُّ الزنى والسرقةِ والشربِ والقذفِ وفقءِ العين، يبدأ بالفقء لكونه خالصَ حقِّ العبد، وحقُّ العبد مقدَّمٌ لحاجتِه واستغناءِ الله تعالى، ويُحبَس حتى يبرأ، فإذا بَرَأ يُحدُّ للقذفِ لما فيه من حقِّ العبد، ويُحبَس حتى يَبرَأ، لأنه لو جُمِع بين حدَّين ربما تَلِفَ، والتَّلفُ ليس بواجبٍ، فإذا بَرَأ فالإمامُ إن شاء بَدَأ بالقطع، وإن شاء بحدِّ الزنى لاستوائها في الثبوت، وآخرُها حدُّ الشُّرب، لأنه ثَبَتَ بإجماع الصحابةِ، فكان دونَ ما ثبت بالكتاب. وإن كان محصناً بدأ بالفقء، ثم حدِّ القذفِ، ثم الرجمِ، ويسقط الباقي، لأن القتلَ يأتي على النفس، فيؤدِّي إلى إسقاط بعض الحدود، وقد أُمِرنا بذٰلك، وإن كان مع ذٰلك قتلٌ ضُرِب للقذفِ، ثم ضُمِّنَ السَّرقةَ، ثم قُتل، وسقط عنه الباقي، نُقل ذٰلك عن ابنِ مسعود وابنِ عباس رضي الله عنهما[1].

باب حدِّ الشُّرب

الأصلُ في وجوبه قولُه عليه السلام: «من شَرِبَ الخمرَ فاجلِدوه، فإن عادَ فاجلِدوه»[2].

---

(١) ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٣١ وقال: أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» بلاغاً، والله أعلم.

(٢) أخرجه من حديث معاوية بن أبي سفيان أبو داود (٤٤٨٢)، وابن ماجه (٢٥٧٣)، والترمذي (١٤٤٤)، والنسائي في «الكبرى» (٥٢٧٩)، وهو في «المسند» (١٦٨٤٧)، و«صحيح ابن حبان» (٤٤٤٦). وهو حديث صحيح. =

وهو كَحَدِّ الزِّنى كَيفِيَّةً، وحَدِّ القَذْفِ كَمِّيَّةً وثُبُوتاً، غيرَ أنَّه يَبطُلُ بالرُّجُوعِ والتَّقادُمِ في البَيِّنَةِ والإقرارِ، والتَّقادُمُ بِذَهابِ السُّكْرِ والرَّائِحةِ،

(وهو كَحَدِّ الزِّنى كَيفِيَّةً، وحَدِّ القَذْفِ كَمِّيَّةً وثُبُوتاً) فيُجرَّدُ عن ثيابه كما مرَّ في حدِّ الزِّنى، ويفرَّق على أعضائِه لما مرَّ. وعن محمد: أنه لا يُجرَّدُ تخفيفاً عن حدِّ الزِّنى. قلنا: ثَبَتَ التخفيفُ في العددِ، فلا يخفَّفُ ثانياً. وعددُه ثمانون سَوطاً في الحُرِّ بإجماع الصحابةِ رضي الله عنهم، وأربعونَ في العبدِ، لأن الرِّقَّ منصِّفٌ. ويثبتُ بإقرارِه مرّةً واحدةً وبشهادةِ رجلين، كحدِّ القذف.

(غيرَ أنَّه يَبطُلُ بالرُّجُوعِ والتَّقادُمِ في البَيِّنَةِ والإقرارِ) وعن أبي يوسف: يُشتَرَطُ الإقرارُ مرَّتين على ما يأتي في السرقةِ.

قال: (والتَّقادُمُ بِذَهابِ السُّكْرِ والرَّائِحةِ) فلو أقرَّ بعدَ ذهابِ رِيحها، أو شُهِد عليه بعدَ السكر وذهاب الرائحةِ لم يُحدَّ. وقال محمد: يحدُّ، فالتقادُم يَمنعُ قبولَ الشهادةِ بالإجماع، غيرَ أن محمداً قدَّره بالزمانِ كالزِّنى، لأن التأخيرَ يتحققُ بمُضيِّ الزمان والرائحةُ مشتبهةٌ، وعندهما: مقدَّر زوال الرائحةِ، لأن حدَّ الشربِ إنما ثَبَتَ بإجماع الصحابة، ولا إجماعَ بدون رأي ابنِ مسعود رضي الله عنه، فإنه شَرَطَ وجودَ الرائحة، لما روي أن رجلاً جاء بابنِ أخٍ له إلى عبد الله بن مسعود، فاعتَرَفَ عنده بشرب الخمر، فقال له ابنُ مسعود: بئسَ وليُّ اليتيمِ أنتَ، لا أدَّبته

= وفي الباب من غير واحدٍ من الصحابة في «السنن» وغيرها ذكرناها في «المسند» عند حديث عبد الله بن عمر (٦٥٥٣).

فلو أُخِذَ وريحُها تُوجَدُ منه فلمَّا وَصَلَ إلى الإمامِ انقَطَعَتْ لِبُعدِ المسافةِ حُدَّ، ويُحَدُّ بشُرْبِ قَطْرَةٍ من الخَمْرِ، وبالسُّكْرِ من النَّبِيذِ. . . . .

صغيراً ولا سَتَرْتَ عليه كبيراً؟ تَلْتِلُوه ومَزْمِزُوه ثم استَنْكِهوه، فإن وجدتم رائحةَ الخَمر فاجلِدوه[1]. شَرَط وجودَ الرائحةِ، فيكون شرطاً.

(**فلو أُخِذَ وريحُها تُوجَدُ منه، فلمَّا وَصَلَ إلى الإمامِ انقَطَعَتْ لِبُعدِ المسافةِ حُدَّ**) في قولهم جميعاً، لأنه عذرٌ، فلا يُعَدُّ تقادُماً كما قلنا في حدِّ الزِّنى. ولا يُحدُّ السكرانُ بإقرارِه على نفسِه لزيادة احتمالِ الكذبِ، فتمكَّنت الشبهةُ فسَقَطَ، بخلاف حدِّ القذفِ لأنَّ فيه حقَّ العبد، والسكرانُ فيه كالصَّاحي كسائر تصرفاتِه عقوبةً له.

قال: (**ويُحَدُّ بشُرْبِ قَطْرَةٍ من الخَمْرِ، وبالسُّكْرِ من النَّبِيذِ**) لقوله عليه السلام: «حُرِّمت الخمرُ لعَينِها، والسُّكْرُ من كلِّ شراب»[2]،

---

(١) سلف تخريجه ص٤٧٢ في التعليق.

وفي هامش (س): التلتلة: التحريك، والمزمزة: المبالغة في التحريك، والاستنكاه: طلب النكهة.

(٢) أخرجه مرفوعاً من حديث علي العقيلي في «الضعفاء» ٤/ ١٢٣-١٢٤ من طريق محمد بن الفرات الكوفي، عن أبي إسحاق السبيعي، عن الحارث، عن علي رضي الله عنه قال: طاف النبي ﷺ بين الصفا والمروة سبوعاً ثم استند إلى حائط من حائط مكة، فقال: «هل من شربة...» وفي آخره قال: «حرِّمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب». ومحمد بن الفرات منكر الحديث.

وأخرجه موقوفاً على ابن عباس بإسناد صحيح الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» بإثر الحديث رقم (٤٩٨٠) و(٤٩٨١)، والنسائي في «المجتبى» ٨/ ٣٢١، والبيهقي في «السنن» ٨/ ٢٩٧، والدارقطني (٤٦٦٦). وانظر «نصب الراية» ٤/ ٣٠٦-٣٠٧.

والسَّكرانُ لا يَعرِفُ الرَّجُلَ من المرأةِ، والأرضَ من السَّماءِ. ولا يُحَدُّ حتَّى يُعْلَمَ أنَّه سَكِرَ من النَّبِيذِ وشَرِبَه طَوْعاً. ولا يُحَدُّ حتَّى يَزُولَ عنه السُّكْرُ. ولا يُحَدُّ مَن وُجِدَ منه رائِحَةُ الخَمْرِ أو تَقَيَّأها.

ولإطلاق قوله عليه السلام: «من شربَ الخمرَ فاجلِدوه»[1]، وعليه إجماعُ الصحابة.

قال: (والسَّكرانُ لا يَعرِفُ الرَّجُلَ من المرأةِ، والأرضَ من السَّماءِ) وقالا: هو الذي يخلِطُ كلامَه ويَهذي، لأنه المتعارَفُ بين الناس، وهو اختيارُ أكثر المشايخ، وأبو حنيفة يأخذُ في أسباب الحدود بأقصاها دَرْءاً للحَدِّ، وأقصاهُ الغَلَبَةُ على العقلِ حتى لا يُميِّز بين الأشياء، لأنه متى ميَّزَ فذٰلك دَلالَةَ الصَّحْو أو بعضِه، وأنه ضدُّ السُّكْر، فمتى ثَبَتَ أحدُهما أو شيءٌ منه لا يثبتُ الآخر.

قال: (ولا يُحَدُّ حتَّى يُعْلَمَ أنَّه سَكِرَ من النَّبِيذِ وشَرِبَه طَوْعاً) لأن السُّكر يكون من المباحات كالبنْج ولَبَنِ الرِّمَاك[2] وغيرهما، وذٰلك لا يوجبُ الحَدَّ، وكذٰلك الشربُ مُكْرَهاً لا يوجبُ الحدَّ، فلذٰلك شرطَ ذٰلك.

قال: (ولا يُحَدُّ حتَّى يَزُولَ عنه السُّكْرُ) ليتألَّمَ بالضربِ، فتحصلَ مصلحةُ الزَّجْر.

قال: (ولا يُحَدُّ مَن وُجِدَ منه رائِحَةُ الخَمْرِ أو تَقَيَّأها) لأن الرائحةَ مشتبهةٌ، واحتمالُ أنه شَرِبها مكرَهاً ثابتٌ، والحدودُ لا تجبُ مع الشكِّ والاحتمالِ.

---

(١) سلف تخريجه ص٥٠٥.

(٢) الرِّماك: جمع رَمَكة، وهي الأنثى من الخيل.

كتاب الأشربة

المُحَرَّمُ منها الخَمْرُ، وهي: النِّيءُ من ماءِ العِنَبِ إذا غَلا واشْتَدَّ وقَذَفَ بالزَّبَدِ. . . . .

كتاب الأشْرِبة

وهي جمعُ شرابٍ، وهو: كلُّ مائعٍ رقيقٍ يُشرَبُ ولا يتأتَّى فيه المَضْغُ، محرّماً كان أو حلالاً، وهي تُستخرَج من العِنبِ والزبيبِ والتمرِ والحُبوبِ، ومنها حرامٌ ومنها حلال.

فـ (**المُحَرَّمُ منها الخَمْرُ، وهي: النِّيءُ من ماءِ العِنَبِ إذا غَلا واشْتَدَّ وقَذَفَ بالزَّبَدِ**) وعندهما: لا يُشتَرطُ القذفُ بالزَّبَد، لأنه يسمَّى خمراً بدونِه، ولأن المؤثِّر في فسادِ العقلِ وتغطيتِه هو الاشتدادُ. ولأبي حنيفة: أن السُّكون أصلٌ في العصير، وما بقي شيءٌ من آثاره فالحُكم له، وأحكامُ الشرع قطعيةٌ فلا يُحكَمُ بكونه خمراً مع وجودِ شيءٍ من آثار العصير للمغايَرَةِ بينهما، ولأن الثابتَ لا يزول إلا بيقينٍ مثلِه، فما بقي شيءٌ من آثار العصير لا يتيقنُ بالخمريَّةِ.

وأما حرمتُها فبالكتابِ والسنةِ والإجماع. أما الكتابُ: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ﴾ [المائدة: ٩٠]، والرِّجْسُ: الحرام لعينِه. والسنةُ: قوله عليه السلام: «حُرِّمتِ الخمر

الثَّاني: العَصِيرُ إذا طُبِخَ فذَهَبَ أَقَلُّ من ثُلُثَيه وهو الطِّلاءُ، وإن ذَهَبَ نِصفُه فالمُنَصَّفُ. . . . .

لعَينِها»[1]، وقد تواتَرَ تحريمُها عن النبيِّ ﷺ، وعليه إجماعُ الأمة.

ويتعلَّقُ بها أحكامٌ أُخَر، منها: أنه يكفُرُ مستحلُّها لثُبوت حُرمتها بدليلٍ مقطوعٍ به، ومنها: أن نجاسَتَها مغلَّظةٌ لثُبوتها بالدليل القَطْعي، ومنها: أنها لا قيمةَ لها في حقِّ المسلم، حتى لا يجوزُ بيعُها ولا يَضمَنُ غاصبُها ولا متلِفُها، لأن ذٰلك دليلُ عزَّتِها، وتحريمُها دليلُ إهانتِها، وقال عليه السلام: «إن الذي حَرَّم شُرْبَها حرَّم بيعَها وأكْلَ ثمنِها»[2]، ومنها: حرمةُ الانتفاع بها لنجاستِها، ولأن في الانتفاع بها تقريبَها، والله تعالى يقول: ﴿فَٱجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠]، ومنها: أنه يُحدُّ بشربِ القليلِ منها على ما بيناه في بابه[3]، ومنها: أن الطبخَ لا يُحِلُّها، لأن الطبخَ في العصير يمنعُ الحُرمةَ ولا يرفعُها. ومنها: جوازُ تخليلِها على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

(**الثَّاني: العَصِيرُ إذا طُبِخَ فذَهَبَ أَقَلُّ من ثُلُثَيه وهو الطِّلاءُ**) وقيل: إذا ذهب ثلثُه فهو الطلاء. (**وإن ذَهَبَ نِصفُه فالمُنَصَّفُ**) وإن طُبخ أدنى طبخة فالباذِقُ، والكلُّ حرام إذا غَلا واشتَدَّ وقَذَفَ بالزَّبَد على

---

(١) سلف تخريجه ص٥٠٧.

(٢) أخرجه من حديث ابن عباس مسلم (١٥٧٩)، وهو في «المسند» (٢٩٧٨)، و«صحيح ابن حبان» (٤٩٤٢).

(٣) ص٥٠٧.

الثَّالثُ: السَّكَرُ، وهو: النِّيءُ من ماءِ الرُّطَبِ إذا غَلا كذٰلك. الرَّابعُ: نَقِيعُ الزَّبيبِ، وهو النِّيءُ من ماءِ الزَّبيبِ إذا غَلا واشتَدَّ كذٰلك. وحُرمةُ هٰذِه الأشرِبةِ دُونَ حُرمةِ الخَمْرِ؛ فيجُوزُ بيعُها وتُضْمَنُ بالإتلافِ، . . . .

الاختلاف، لأنه رقيقٌ لذيذٌ مُطرِبٌ، يجتمع الفُسَّاق عليه، فيحرُمُ شربُه دفعاً لما يتعلَّق به من الفساد.

(**الثَّالثُ: السَّكَرُ، وهو: النِّيءُ من ماءِ الرُّطَبِ إذا غَلا كذٰلك**) قال عليه السلام: «الخَمرةُ من هاتين الشَّجَرَتين» وأشار إلى الكَرْمِ والنَّخْلةِ[1]، وعليه إجماعُ الصحابة.

(**الرَّابعُ: نَقِيعُ الزَّبيبِ، وهو النِّيءُ من ماءِ الزَّبيبِ إذا غَلا واشتَدَّ كذٰلك**) على الخِلاف، حرامٌ أيضاً لما روينا وبينا.

(**وحُرمةُ هٰذِه الأشرِبةِ دُونَ حُرمةِ الخَمْرِ**) لأن حرمةَ الخمرِ قطعيَّةٌ على ما مرَّ، وحُرمةَ هٰذه اجتهاديةٌ.

(**فيجُوزُ بَيعُها، وتُضْمَنُ بالإتلافِ**) خلافاً لهما لأنه حرامٌ فلا يجوز بيعُه كالخمر. وعن أبي يوسف: أنه يجوزُ بيعُها وتُضمَنُ بالإتلاف إذا ذَهَبَ بالطبخ أكثرُ من ثُلُثِه.

ولأبي حنيفة: أنه مالٌ متقوّمٌ، وما دَلَّ الدليلُ على سُقوط تقوُّمِها بخلاف الخمر، ثم يجبُ بالإتلاف عنده القيمةُ دونَ المِثْل، لأنه ممنوعٌ من الانتفاع بها للحُرمةِ.

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة مسلم (١٩٨٥)، وهو في «المسند» (٧٧٥٣)، و«صحيح ابن حبان» (٥٣٤٤).

ولا يُحَدُّ شاربُها حتَّى يَسكَرَ، ولا يَكفُرُ مُستَحِلُّها. ونَبيذُ التَّمرِ والزَّبيبِ إذا طُبِخَ أدنَى طَبخَةٍ حَلالٌ، وإنِ اشتَدَّ إذا شُرِبَ ما لم يُسكِرْ من غيرِ لَهْوٍ. وعصِيرُ العِنَبِ إذا طُبِخَ فذَهَبَ ثُلُثاهُ حَلالٌ، وإن اشتَدَّ إذا قُصِدَ به التَّقَوِّي، وإن قُصِدَ به التَّلَهِّي فحَرَامٌ. ....

(**ولا يُحَدُّ شاربُها حتَّى يَسكَرَ، ولا يَكفُرُ مُستَحِلُّها**) لما بينا. وعن أبي يوسف: ما كان من الأشربةِ يبقى بعدَ ما بَلَغَ ـ أي: اشتَدَّ ـ عشرةَ أيامٍ لا يفسدُ ـ أي: لا يَحْمُضُ ـ فإني أكرهُه، لأن بقاءَه هٰذه المدّةَ دليلُ قوَّتِه وشدَّتِه، فكان آيةَ حرمتِه، روي ذٰلك عن ابن عباس[1]، ثم رَجَعَ إلى قول أبي حنيفة.

قال: (**ونَبيذُ التَّمرِ والزَّبيبِ إذا طُبِخَ أدنَى طَبخَةٍ حَلالٌ، وإنِ اشتَدَّ إذا شُرِبَ ما لم يُسكِرْ من غيرِ لَهْوٍ**).

(و) كذٰلك (**عصِيرُ العِنَبِ إذا طُبِخَ فذَهَبَ ثُلُثاهُ حَلالٌ، وإن اشتَدَّ إذا قُصِدَ به التَّقَوِّي، وإن قُصِدَ به التَّلَهِّي فحَرَامٌ**) وقال محمد: حرامٌ، وعنه: مثلُ قولهما، وعنه التوقُّف فيه.

له قوله عليه السلام: «كلُّ مسْكِرٍ حرام»[2]، وقوله: «ما أسكَرَ

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة عنه قال: إنما النبيذ الذي إذا بلغ فسد، وأما ما ازداد على طول الترك جودةً فلا خير فيه. وإسناده ضعيف.

(٢) أخرجه من حديث أبي موسى الأشعري البخاري (٤٣٤٣)، ومسلم (١٧٣٣)، وهو في «المسند» (١٩٦٧٣).

وفي الباب عن غير واحد من الصحابة في الصحيح وغيره، ذكرناها في «المسند» عند حديث ابن عمر برقم (٤٦٤٤). فانظرها هناك.

. . . .

كثيرُه فقليلُه حرام»[1]، وقياساً على الخَمْر. لهما قولُه عليه السلام: «حُرِّمتِ الخمرُ لعينِها قليلُها وكثيرُها، والسُّكْرُ من كلِّ شراب»[2] خَصَّ السكرَ من غير الخَمر بالتحريم، فمَن عمَّم التحريمَ السُّكْرَ وغيرَه فقد خالفَ النَصَّ، وما رواه من الأحاديث طَعَنَ فيها يحيى بنُ مَعين، ذكره عبدُ الغني المقدسيُّ في كتابه، ولأن عامةَ الصحابة خالَفوه، فدلَّ على صحَّتِه، أو هو محمولٌ على الشُّرب للسُّكرِ والتلَهِّي، أو نقول: المُسكِرُ: هو القَدَحُ الأخيرُ، فنقول بالموجبِ، ولأن حرمةَ قليلِ الخمر يدعو إلى كثيرِه لرِقَّتِه ولطافتِه، فأُعطي حُكمَه، وليس كذٰلك المثلَّث لأنه غليظٌ، قليلُه لا يدعو إلى كثيرِه، وهو غذاءٌ فلا يحرُمُ. وروى الطحاويُّ بإسنادِه إلى ابن عمر: أن النبيَّ عليه السلام أُتي بنبيذٍ، فشَمَّه فقَطَّبَ وجهَه لشِدّتِه، ثم دعا بماءٍ فصَبَّه عليه وشَرِبَ منه وقال: «إذا اغتَلَمَتْ عليكم هٰذه الأشربةُ فاقطعوا مُتُونَها بالماء». وفي رواية: أنه لما قَطَّب قال رجل: أحرامٌ هو؟ قال: «لا»[3] وهٰذا نصٌّ في الباب.

---

(١) حديث صحيح أخرجه من حديث جابر أبو داود (٣٦٨١)، وابن ماجه (٣٣٩٣)، والترمذي (١٨٦٥)، وهو في «المسند» (١٤٧٠٣)، و«صحيح ابن حبان» (٥٣٨٢).

وفي الباب من غير واحد من الصحابة في «السنن» وغيرها، ذكرناها في «المسند» برقم (٥٦٤٨) عند حديث ابن عمر.

(٢) سلف تخريجه ص٥٠٧.

(٣) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٤/ ٢١٩، والنسائي في =

وعن ابن أبي ليلى قال: أشهَدُ على البدريِّين من أصحاب رسول الله ﷺ أنهم كانوا يشرَبون النبيذَ في الجِرَار الخُضْرِ، وقد نُقل ذٰلك عن أكثرِ الصحابة ومشاهيرِهم قولاً وفعلاً، حتى قال أبو حنيفة: إنه مما يجبُ اعتقادُ حلِّه لئلا يؤدِّي إلى تفسيقِ الصحابة. والمثلَّثُ إذا صُبَّ عليه الماءُ حتى رَقَّ ثم طُبِخَ لا يتغيرُ حُكمه، لأن صَبَّ الماء يزيدُه ضَعفاً، بخلافِ ما إذا صُبَّ الماء على العصير فطُبخ حتى ذَهَبَ ثُلثا الجميع، لأن الماءَ يذهبُ أوّلاً للطافتِه أو يذهبُ منهما، فلا يكون الذاهبُ ثلثا العصير.

قال: (ونَبيذُ العَسَلِ والتِّينِ والحِنطَةِ والشَّعِيرِ والذُّرَةِ حَلالٌ طُبِخَ أو لا) إذا لم يُشربْ للَّهوِ والطَّرَب، لقوله عليه السلام: «الخَمرةُ من هاتين الشجرتين»[1]، والمرادُ بيانُ الحكم، ولأن قليلَه لا يدعو إلى كثيرِه. وعن محمد: أنه حرام، ويقعُ طلاقُ السكران منه كغيرِه من الأشربة المحرَّمة، وجوابه ما مرّ.

= «المجتبى» ٨/ ٣٢٣ من طريق عبد الملك بن نافع بن أخي القعقاع، عن ابن عمر، فذكره.

وأخرجه الطحاوي ٤/ ٢١٩، والنسائي ٨/ ٣٢٥، من طريق يحيى بن اليمان، عن سفيان، عن منصور، عن خالد بن سعد، عن أبي مسعود. وكلا الإسنادين ضعيف.

وقد بسط الكلام عليه وأبان عن علله الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٣٠٧ وما بعدها. وابن عبد الهادي في «التنقيح» ٣/ ٤٨٠ و٤٨١، وابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٣٧. فانظرها لزاماً.

(١) سلف تخريجه ص٥١١.

وفي حَدّ السَّكرانِ منه روايتان. ويُكْرَه شُرْبُ دُرْدِيّ الخَمرِ والامتِشاطُ به. ولا بأسَ بالانتِباذِ في الدُّبَّاءِ والحَنتَمِ والمُزَفَّتِ والنَّقِيرِ. . . . .

(وفي حَدّ السَّكرانِ منه روايتان) والأصحُّ أنه يُحَدُّ، لأن في بعض البلادِ يجتمعُ الفساقُ عليه اجتماعَهم على الخمر وفوقَه. وعلى هٰذا المتَّخَذُ من الألبان، ثم قيل: يجب أن لا يحلّ لبن الرِّمَاك عند أبي حنيفة اعتباراً بلَحمِها، إذ هو متولِّدٌ منه، وجوابُه أن كراهةَ اللحم لاحترامِه، أو لِما في إباحتِـه من تقليل آلـةِ الجهاد، فلا يتعدَّى إلى لبنِه.

قال: (ويُكْرَه شُرْبُ دُرْدِيّ الخَمرِ والامتِشاطُ به) لأنه من أجزاءِ الخمر، ولا يُحَدُّ شاربُه ما لم يَسْكَر لأنه ناقصٌ، إذ الطباعُ السليمةُ تكرهُه وتنبو عنه، وقليلُه لا يدعو إلى كثيرِه، فصار كغيرِ الخمر.

قال: (ولا بأسَ بالانتِباذِ في الدُّبَّاءِ والحَنتَمِ والمُزَفَّتِ والنَّقِيرِ) لقوله عليه السلام: «كنتُ نهيتُكم عن الانتباذِ في الدباءِ والحنتمِ والمزفَّتِ والنقيرِ، ألا فانتبذُوا فيها واشرَبوا في كُلِّ ظرفٍ، فإنَّ الظرفَ لا يُحِلُّ شيئاً ولا يحرِّمُه، ولا تشربوا المُسكِرَ»[1].

---

(١) أخرجه النسائي في «المجتبى» ٨٩/٤ من طريق جرير، عن أبي فروة، عن المغيرة بن سبيع، عن عبد الله بن بريدة، عن أبيه: أنه كان في مجلس فيه رسول الله ﷺ فقال: «إني كنت نهيتكم أن تأكلوا لحوم الأضاحي إلا ثلاثاً فكلوا وأطعموا وادخروا ما بدا لكم، وذكرت لكم أن لا تنتبذوا في الظروف والدباء والمزفت والنقير والحنتم، انتبذوا فيما رأيتم، واجتنبوا كل مسكر، ونَهيتُكم عن زيارة القبور، فمن أراد أن يزورَ، فليزُرْ ولا تقولوا هُجْراً». =

وخَلُّ الخَمرِ حلالٌ سواءٌ تَخَلَّلَتْ أو خُلِّلَتْ.

قال: (وخَلُّ الخَمرِ حلالٌ سواءٌ تَخَلَّلَتْ أو خُلِّلَتْ) لقوله عليه السلام: «نِعمَ الأدمُ الخَلُّ»[1] مطلَقاً، وقال عليه السلام: «خيرُ خلِّكُم خلُّ خَمرِكم»[2] ولأن التخليل يزيلُ الوصفَ المفسِدَ ويُثبِتُ وصفَ

= وهو عند مسلم (١٩٧٧) من طريق محارب بن دثار، عن عبد الله بن بريدة، عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «نهيتكم عن زيارة القبور، فزوروها، ونهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث، فأمسكوا ما بدا لكم، ونهيتكم عن النبيذ إلا في سقاء، فاشربوا في الأسقية كلها، ولا تشربوا مسكراً» وهو في «المسند» (٢٢٩٥٨)، و«صحيح ابن حبان» (٥٣٩١).

وأخرج النسائي ٨/ ٣١٩ من طريق أبي الأحوص، عن سماك، عن القاسم ابن عبد الرحمٰن، عن أبيه، عن أبي بردة قال: قال رسول الله ﷺ: «اشربوا في الظروف ولا تسكروا». قال النسائي: وهٰذا حديث منكر غلط فيه أبو الأحوص سلام بن سليم لا نعلم أحداً تابعه عليه من أصحاب سماك بن حرب، وسماك ليس بالقوي وكان يقبل التلقين، قال أحمد بن حنبل: كان أبو الأحوص يخطئ في هٰذا الحديث، خالفه شريك في إسناده وفي لفظه. ثم ساق حديث: نهى رسول الله ﷺ عن الدباء والحنتم والنقير والمزفت.

(١) أخرجه من حديث جابر مسلم (٢٠٥٢)، وهو في «المسند» (١٤٢٢٥).

وفي الباب عن غير واحد من الصحابة في «الصحيح» وغيره، ذكرناها في «المسند» عند حديث جابر، فانظرها هناك.

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن» ٦/ ٣٨ من طريق المغيرة بن زياد، عن أبي الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «ما أقفر أهل بيت من أدم فيه خل، وخير خلكم خل خمركم». قال أبو عبد الله: هٰذا حديث واهٍ، والمغيرة بن زياد صاحب مناكير. وقال البيهقي في «المعرفة» (١١٧٢٣) بعد أن ذكره: فهو مما =

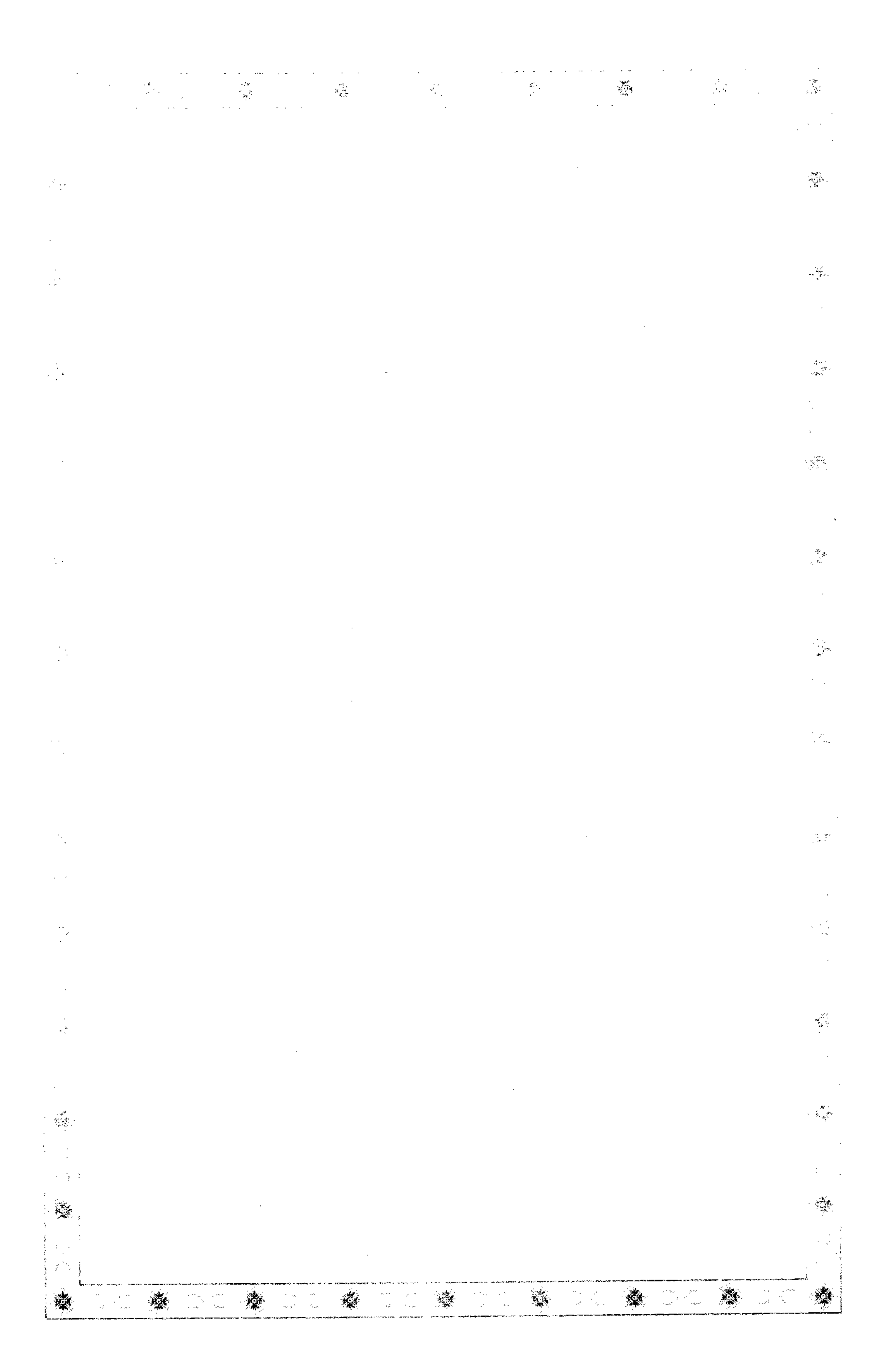
. . . .

الصَّلاحِيَة، لأن فيه مصلحةَ قَمْعِ الصفراءِ، والتَّغذِّي، ومصالحُه كثيرةٌ، وإذا زال المُفسِدُ الموجِبُ للحُرمة حلَّتْ، كما إذا تخلَّلت بنفسِها، وإذا تخلَّلتْ طَهُرَ الإناء أيضاً، لأن جميعَ ما فيه من أجزاء الخمرِ يتخلَّلُ إلا ما كان منه خالياً عن الخَلِّ، فقيل: يطهُرُ تَبَعاً، وقيل: يُغسَلُ بالخَلِّ ليطهُرَ، لأنه يتخللُ من ساعتِه، وكذا لو صُبَّ منه الخَلُّ، فما خلا طَهُرَ من ساعته.

ومَن خاف على نفسِه الهلاكَ من العطش ولم يجدْ إلا خمراً فله أن يشرَبَ منها ما يأمنُ به من الموت، ثم يكُفّ، لأن الله تعالى أباح للمضطَرِّ أكْلَ المَيتةِ والدمِ ولحمِ الخِنزير، والخمرُ مثلُها في التحريم، فتكون مثلَها في الإباحةِ عند الاضطرار، فإذا أمِنَ على نفسِه زالت الضَّرورةُ وهو خوف الهلاك، عادَ التحريمُ.

وإذا وُجدت الخمرُ في دار إنسانٍ وعليها قومٌ جَلَسوا مجالسَ من يشربُها ولم يَرَهم أحدٌ يشربونَها عُزِّروا، لأنهم ارتَكَبوا أمراً محظوراً وجلسوا مجلِساً منكراً، وكذلك مَن وُجد معه آنيةُ خمرٍ عُزِّر لأنه ارتَكَبَ محظوراً.

= تفرد به مغيرة، وليس بالقوي، وأهل الحجاز يسمون خل العنب: خل خمر، ثم هو وما قبله (أي حديث الفرج بن فضالة في قصة الشاة التي ماتت وقول النبي ﷺ: «دباغها يحل كما يحل الخل من الخمر») محمولان على الخمر إذا تحللت بعينها إن صحت الرواية، والله أعلم، وعلى ذلك حمل الفرج بن فضالة روايته.



كتاب السرقة

وهي أَخْذُ العاقِلِ البالغ نِصاباً مُحْرَزاً، أو ما قِيمَتُه نصابٌ، مِلْكاً لِلغَير لا شُبهَةَ له فيه على وَجْهِ الخُفْيَةِ. . . . .

كتاب السرقة

(وهي) في اللغة: أخذُ الشيءِ على سبيلِ الخُفْيَة والاستسرار بغيرِ إذن المالِكِ، سواءٌ كان المأخوذُ مالاً أو غيرَ مال. ومنه استراقُ السَّمْع، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ﴾ [الحجر: ١٨]. وسرقةُ الشاعرِ المعنى، وسَرْقُ الصَّنعةِ ونحوه.

وفي الشرع: (أخذُ العاقِلِ البالغِ نِصاباً مُحْرَزاً، أو ما قيمتُه نصابٌ، مِلْكاً لِلغَير لا شُبهَةَ له فيه على وَجْهِ الخُفْيَةِ) والمعنى اللغوي مراعىً فيه ابتداءً وانتهاءً، أو ابتداءً في بعض الصَّور كما إذا نَقَبَ البيتَ خُفْيَةً وأخذَ المالَ مكابَرَةً، وذٰلك يكون ليلاً[1]، لأنه ربما أحسُّوا به فكابَرَ وأخَذَ، ولا غَوْثَ بالليل، فيُقْطَعُ. أما النهارُ لو فعلَ ذٰلك لا يُقطَعُ لأنه يلحقُهم الغَوثُ، فلا يمكنُه ذٰلك، فيُشترط الخُفيةُ ليلاً ونهاراً فهي مسارقةُ عينِ المالك أو مَن يقومُ مقامَه. وفي قطعِ الطريقِ وهي السرقةُ الكبرى مسارقةُ عين الإمامِ وأعوانِه، لأنه المتصدِّي لحفظِ الطريق بأعوانِه،

---

(١) تحرف في (س) إلى: دليلاً، والمثبت من (م).

. . . .

لأن الأموالَ إنما تصيرُ مَصونةً مُحْرَزَةً بحفظِ الإمام وحمايتِه. والأصلُ في وجوب القَطْع قولُه تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، وقرأ ابن مسعود: «فاقطعوا أيمانهما»[١]، وقولُه تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا﴾ الآية [المائدة: ٣٣]، وقال عليه السلام: «من سَرَقَ قطعناه»[٢]، ورُفع إليه عليه السلام سارقٌ فقطعه[٣]. وإجماعُ الأمة على وجوبِ القطع وإن اختلفوا في مقدارِ النِّصاب، ولأن المالَ محبوبٌ إلى النفوس تميلُ إليه الطباعُ البشريةُ خصوصاً عند الحاجةِ والضَّرورةِ، ومن الناس من لا يردَعُه عقلٌ، ولا يمنعُه نقلٌ، ولا تزجُرهُم الدِّيانةُ، ولا تردُّهم المُروءةُ والأمانةُ، فلولا الزَّواجِر الشرعيَّة من القَطْع والصَّلْبِ ونحوِهما لبادَروا إلى أخذِ الأموال مكابرةً على وجه المجاهَرَةِ، أو خُفْيَةً على وجه

(١) ذكرها الطبري (١١٩٠٧)، وقال ابن كثير في «تفسيره» ٣/ ١٠٧: وهٰذه قراءة شاذة، وإن كان الحكم عند جميع العلماء موافقاً لها، بل هو مستفاد من دليل آخر.

(٢) لم نجده بهٰذا اللفظ، وقد ذكره ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٢٤٢ وبيض له.

(٣) ذكر ابن قطلوبغا هنا ص٢٤٢ حديثاً عن ابن عمر، أخرجه أحمد في «مسنده» (٦٣١٧)، وأبو داود (٤٣٨٦)، والنسائي في «المجتبى» ٨/ ٧٧ ولفظه: أن النبي ﷺ قطع يَدَ رجل سرق ترساً من صُفَّةِ النساء، ثمنه ثلاثة دراهم، وإسناده صحيح، وأصله عند مسلم (١٦٨٦) بلفظ: أن رسول الله ﷺ قطع سارقاً في مجن قيمته ثلاثة دراهم.

. . . .

الاستسرار، وفيه من الفسادِ ما لا يخفَى، فناسَبَ شَرْعُ هٰذه الزواجرِ في حقِّ المستسرِّ والمكابِرِ في سَرِقَتَي الصُّغرى والكبرى حَسماً لبابِ الفسادِ وإصلاحاً لأحوالِ العِباد.

والعبدُ والحرُّ في القطع سواءٌ لإطلاق النصِّ، ولأن القطعَ لا يتنصَّفُ فيكملُ في العبدِ صيانةً لأموال الناس.

ولا بدَّ من العقلِ والبُلوغ لأن القطعَ شُرع زاجراً عن الجنايةِ، ولا جنايةَ من الصبيِّ والمجنون.

وأما اشتراطُ النصاب فلما روي: أن اليدَ كانت لا تُقطَعُ على عهدِ رسول الله ﷺ إلا في ثَمَنِ المِجَنِّ[1]. وعن عائشة أنها قالت: كانت اليدُ لا تُقطَعُ على عهد رسول الله ﷺ في الشيءِ التافِه[2]. ولأنه لا بدَّ

---

(١) أخرجه من حديث عائشة البخاري (٦٧٩٤)، ومسلم (١٦٨٥).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٩/ ٤٧٦-٤٧٧، وأبو عوانة (٦٢٢١) من طريق عبد الرحيم بن سليمان، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عنها.

وأخرج مرسلاً عبد الرزاق (١٨٩٥٩) عن ابن جريج، وابن أبي شيبة ٩/ ٤٧٥ عن وكيع، وإسحاق بن راهويه في «مسنده» (٧٣٩) عن عيسى بن يونس، ثلاثتهم عن هشام بن عروة، عن أبيه، فذكره، وهو عند البيهقي في «سننه» ٨/ ٢٥٥.

وأخرجه موصولاً ابن عدي في «الكامل» ٤/ ١٥٠٩ من طريق عبد الله بن قبيصة الفزاري، عن هشام بن عروة، عن عائشة. فذكره.

وأخرج البخاري (٦٧٩٣) من طريق عبد الله، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة قالت: لم تكن تقطع يد السارق في أدنى من حَجَفةٍ أو تُرس، كل واحد منهما دون ثمن. رواه وكيع وابن إدريس، عن هشام، عن أبيه، مرسلاً.

والنِّصَابُ: دِينارٌ أو عَشرةُ دراهمَ مَضرُوبةٌ من النُّقْرَةِ. . . . .

من اعتبار مالٍ له خَطَرٌ لتتحقَّق الرغبةُ فيه، فيجبُ الزاجرُ عنه، أما الحقيرُ لا تتحققُ الرغبةُ فيه، فلا حاجةَ إلى الزَّجرِ عنه.

ولا بدَّ أن يكون مُحْرَزاً، لأنه عليه السلام لم يوجبِ القطعَ في حَرِيسةِ الجَبَل[1]. أي: ما يُحرَسُ بالجَبَل، لعدم الحِرْز. ولا بدَّ أن يكون غيرَ مأذونٍ له بالدخول فيه، لأن بالإذنِ يخرجُ من أن يكونَ حِرْزاً في حقِّه.

ويُشترط أن يكون مِلْكاً للغير لا شبهةَ له فيه، لأن الحدودَ تندرئُ بالشبهات على ما مرَّ، وتكونَ على سبيل الخُفْية لأنَّ السرقةَ لا تكونُ على الجهر على ما مرّ.

قال: (**والنِّصَابُ: دِينارٌ أو عَشرةُ دراهمَ مَضرُوبةٌ من النُّقْرَةِ**) لقوله عليه السلام: «لا قَطْعَ في أقلَّ من عشرةِ دراهمَ»[2]. وما روي أن

---

(١) أخرجه من حديث عبد الله بن عمرو النسائي ٨/ ٨٤-٨٥ بلفظ: سئل رسول الله ﷺ في كم تقطع اليد؟ قال: «لا تقطع اليد في ثمر معلق، فإذا ضمه الجَرِين قطعت في ثمن المجن، ولا تقطع في حريسة الجبل، فإذا آوى المُراح قطعت في ثمن المجن». وهو حديث حسن.

وهو عند ابن ماجه بنحوه (٢٥٩٦) ضمن حديث.

وأخرجه بسند معضل مالك في «الموطأ» ٢/ ٨٣١ عن عبد الله بن عبد الرحمٰن ابن أبي حسين المكي، أن رسول الله ﷺ قال: «لا قطع في ثمر معلق، ولا في حريسة جبل، فإذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما يبلغ ثمن المجن».

(٢) أخرجه من حديث عبد الله بن عمرو أحمد في «مسنده» (٦٩٠٠). =

القطعَ كان على عهدِ رسول الله ﷺ لم يكن إلا في ثَمَنِ المِجَنِّ[1]، فقد نُقل عن ابن عباس وأيمنِ ابن أمِّ أيمنَ قالا: كانت قيمةُ المِجَنِّ الذي قُطِع فيه على عهدِ رسول الله عليه السلام عشرةَ دراهم[2]، ونُقل أقلَّ من عشرةِ دراهمَ. والأخذُ بالأكثرِ أولى احتيالاً للدَّرْء، وفي الأقلِّ شبهةُ عدمِ الجنايةِ. وروي عن أبي يوسف ومحمد: أنه لا يُقطَع في عشرةِ دراهمَ تِبْرٍ ما لم تكن مضروبةً. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه يُعتَبَرُ قيمتُه بنقدِ البلد. وروى الحسنُ عنه: إذا سَرَقَ عشرةَ دراهمَ مما يروجُ بين الناس قُطِع، فعلى هٰذا إذا كان التِّبْرُ رائجاً بين الناس قُطع. وروى الحسنُ عنه أيضاً: لو سَرَقَ أحدَ عشَرَ درهماً لا تَروجُ، فإن كانت تُساوي عشرةً رائجةً قُطِع، وإلا فلا. وقوله: أو ما قيمتُه عشرةُ دراهمَ، دليلٌ على أن غيرَ الدراهم تُعتبر قيمتُه بالدراهمِ وإن كان ذهباً. وروى بِشرٌ عن محمد: لو سَرَقَ نصفَ دينارٍ قيمتُه عشرةُ دراهمَ قطعتُه، وإن سرقَ ديناراً قيمتُه أقلَّ من عشرةِ دراهمَ لا أقطعُه.

= وإسناده ضعيف، حجاج بن أرطاة ـ أحد رواته ـ كثير الخطأ والتدليس.

وانظر مخالفة هٰذا الحديث للروايات الصحيحة ومن جمع بينهما عند الحديث رقم (٦٦٨٧) من حديث ابن عمرو من «مسند الإمام أحمد» ولفظه: أن قيمة المجن كان على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم.

(١) سلف قريباً.

(٢) انظر تخريج حديث عبد الله بن عمرو السالف.

ثم حِرْزُ كلِّ شيءٍ على حسبِ ما يَليقُ به. قال عليه السلام: «فإذا اواه الجَرِينُ ـ يعني البَيْدَرَ ـ ففيه القطعُ»[1]، وقال عليه السلام: «لا قطعَ في حَرِيسة الجَبَل، وما آواه المَرَاحُ ففيه القطعُ»[2] أي: موضعٌ يروحون منه.

قال: (والحِرْزُ يكونَ بالحافِظِ وبالمكانِ) لأن الحِرزَ ما يصيرُ به المالُ مُحْرَزاً عن أيدي اللُّصوص، وذٰلك بما ذكرنا، فالحافظُ كمَنْ جَلَسَ في الصحراءِ أو في المسجدِ أو في الطريقِ وعندَه متاعُه، فهو محرَزٌ به، وسواء كان نائماً أو مستيقظاً، [أما إذا كان مستيقظاً فظاهر][3]، وأما إذا كان نائماً فلِما روي أنه عليه السلام قَطَعَ سارقَ رِداءِ صفوانَ من تحتِ رأسِه وهو نائمٌ في المسجد[4]. وسواءٌ كان المتاعُ تحتَه أو عندَه، لأنه يُعدُّ حافظاً له في ذٰلك كلِّه عرفاً.

---

(١) أخرجه بنحوه من حديث عبد الله بن عمرو ضمن حديث أبو داود (٤٣٩٠)، وابن ماجه (٢٥٩٦)، والنسائي ٨/ ٨٤-٨٥، وهو في «المسند» (٦٦٨٣) بإسناد حسن. وانظر حديث ابن عمرو نفسه السالف قريباً.

(٢) سلف قريباً.

(٣) ما بين الحاصرتين سقط من الأصلين، وأثبتناه من مطبوعة أبي دقيقة.

(٤) أخرجه من حديث صفوان ـ وهو ابن أمية ـ أبو داود (٤٣٩٤)، وابن ماجه (٢٥٩٥)، والنسائي ٨/ ٦٩، وهو في «المسند» (١٥٣٠٣)، و«شرح مشكل الآثار» (٢٣٨٤)، وهو حديث صحيح.

كالدُّورِ والبُيوتِ والحانُوتِ، ولا يُعتَبَرُ فيه الحافِظُ. وإذا سَرَقَ منَ الحَمَّامِ لَيلاً قُطِعَ، وبالنَّهارِ لا وإن كان صاحِبُه عندَه. والمسجدُ والصَّحراءُ حِرْزٌ بالحافِظِ.

والحِرْزُ بالمكان: هو ما أُعِدَّ للحفظ (**كالدُّورِ والبُيوتِ والحانُوتِ**) والصندوقِ ونحوِه. (**ولا يُعتَبَرُ فيه الحافِظُ**) لأنه محرَزٌ بدونه، وهو المكانُ الذي أُعِدَّ للحفظ، إلا أن القطع لا يجبُ بالأخذِ من الحِرزِ بالمكان إلا بالإخراج منه، لأن يدَ المالِكِ قائمةٌ ما لم يُخرِجْه. والمحرَزُ بالحافظ يجبُ القطعُ كما أخذَه، لأن يدَ المالِكِ زالت بمجرَّدِ الأخذِ، فتمَّت السرقةُ. ولو كان بابُ الدار مفتوحاً فدخلَ نهاراً وأخَذَ متاعاً لم يُقطَعْ، لأنه مكابرةٌ وليس بسرقةٍ، لعدمِ الاستسرار على ما بينا، وإن دخلَ ليلاً قُطع لأنه حرزٌ، لأنه بُنِي للحِرْزِ. ولو دخلَ بين العِشاءِ والعتمةِ والناسُ منتشِرون فهو بمنزلةِ النهار. ولو علِمَ صاحبُ الدار باللصِّ واللصُّ لا يعلمُ به، أو بالعكس قُطِع لأنه مستَخْفٍ، وإن علم كلُّ واحدٍ بالآخرِ لا يُقطَعُ لأنه مكابِرٌ.

قال: (**وإذا سَرَقَ منَ الحَمَّامِ لَيلاً قُطِعَ، وبالنَّهارِ لا وإن كان صاحِبُه عندَه**) لأنه مأذونٌ له بالدخول فيه نهاراً، فاختَلَّ الحِرْزُ، ويُقطع ليلاً لأنه مبنيٌّ للحِرز، وما اعتاد الناسُ من دخولِ الحمَّام بعضَ الليل فهو كالنهارِ لوجود الإذن، وعلى هٰذا كلُّ حرزٍ أُذِنَ بالدخول فيه كالخاناتِ وحوانيتِ التُّجَّار والضَّيفِ ونحوِهم.

قال: (**والمسجدُ والصَّحراءُ حِرْزٌ بالحافِظِ**) لأن الصحراءَ ليس بحِرزٍ، والمسجدُ ما بُني للحِفْظِ والإحرازِ، فلو سَرَقَ منه وصاحبُه عندَه

والجَوَالِقُ والفُسْطاطُ[1] كالبيتِ، فإن سَرَقَ الفُسْطاط والجَوالِقَ لا يُقطَعُ إلاَّ أن يكونَ لهما حافِظٌ، ولهٰذا قالوا: لا يُقطَعُ النَّبَّاشُ. وتَثبُتُ السَّرِقةُ بما يَثبُتُ به القَذْفُ، . . . .

يحفظُه قُطِع لوجود السرقةِ، بخلاف الحمَّامِ والحرزِ الذي أُذِن بالدخول فيه حيثُ لا يُقطَعُ وإن كان صاحبُه عنده، لأنه بُني للإحراز، فلا يُعتبَر فيه الحافظُ لما مرَّ.

(**والجَوَالِقُ والفُسْطاطُ[1] كالبيتِ**) لأنه عُمِل للحفظ.

(**فإن سَرَقَ الفُسْطاط والجَوالِقَ لا يُقطَعُ**) لأنهما ليسا في حرزٍ، وإن كانا حرزاً لما فيهما (**إلاَّ أن يكونَ لهما حافِظٌ**) فيُقطع لوجود الحِرز، وقال أصحابنا: ما كان حرزاً لنوعٍ فهو حرزٌ لجميع الأنواع، حتى جَعَلوا شريجة البَقَّال[2] حِرزاً للجَوْهرِ، لأنه يُحرِزُ خلفَها الدراهمَ والدنانيرَ. (**ولهٰذا قالوا: لا يُقطَعُ النَّبَّاشُ**) لأن القبرَ ليس بحِرزٍ لغير الكَفَنَ، فلا يكونُ حِرزاً للكَفَنِ.

قال: (**وتَثبُتُ السَّرِقةُ بما يَثبُتُ به القَذْفُ**) يعني بالإقرار مرّةً وبشهادةِ شاهِدَين، كسائر الحُقوق، وقد تقدَّمَ. وقال أبو يوسف: لا بدَّ

---

(١) الجُوالِق: بضم الجيم وكسر اللام، قال في «اللسان»: وعاء من الأوعية معروف معرَّب، والجمع: جَوالق بفتح الجيم، وجواليق.
والفُسطاط: بيت من شَعر.

(٢) الشريجة: قال في «اللسان»: شيء ينسج من سعف النخل يحمل فيه البطيخ ونحوه.

ويَسألُ الشُّهُودَ عن كَيفيَّتِها وزمانِها ومكانِها وماهِيَّتِها. ولا بُدَّ من حُضُورِ المَسرُوقِ منه عندَ الإقرارِ والشَّهادةِ والقطْعِ. . . . .

من إقرارِه مرَّتين، لأنه إحدى الحُجَّتين، فيُعتبَرُ فيها التثنيةُ كالأخرى، وهي البينةُ كما في الزِّنى وحدِّ الشربِ على هٰذا الخلاف. ولهما: أن السرقةَ والشربَ يثبتُ بالمرّةِ الواحدةِ، فلا حاجة إلى الأخرى كالقِصاص وحدِّ القذفِ، والتثنيةُ في الشهادةِ منصوصٌ عليه، ولأنه يفيدُ تقليلَ تُهمةِ الكذب، ولا كذٰلك الإقرارُ لأنه لا تهمةَ فيه، واشتراطُ الزيادةِ في الزِّنى على خلافِ القياس، فيُقتَصَرُ على موردِ النصِّ.

وينبغي أن يلقِّنَ المُقِرُّ الرجوعَ احتيالاً للدَّرْءِ، فقد رُوي أنه عليه السلام أُتي بسارق فقال له: «أسرقْتَ؟ ما إخالُه سَرَق»[1]. وإذا رَجَعَ عن الإقرار صحَّ في القَطْعِ لأنه خالصُ حقِّ الله تعالى، ولا مكذِّبَ له فيه، ولا يصحُّ في المال لأن صاحبَه يكذِّبُه.

قال: (**ويَسألُ الشُّهُودَ عن كَيفيَّتِها وزمانِها ومكانِها وماهِيَّتِها**) لأنه يلتَبِسُ على كثير من الناس، فيسأل عنه احتياطاً في الحُدود.

قال: (**ولا بُدَّ من حُضُورِ المَسرُوقِ منه عندَ الإقرارِ والشَّهادةِ والقطْعِ**) حتى لايقطعُ ما لم يصدِّقْه، لأن حقَّه متعلِّق بالسرقة، حتى لا يثبتُ بدون دعواه، ولاحتمالِ أن يَهَبَه المسروق منه أو يملِّكَه فيسقُطُ القطعُ، فإذا حَضَرَ انتفى هٰذا الاحتمال.

---

(١) سلف تخريجه ص٤٦٥.

وإذا دَخَلَ جماعةٌ الحِرْزَ وتَولَّى بَعضُهُم الأخذَ قُطِعُوا إن أصابَ كُلَّ واحدٍ نِصَابٌ. وإنْ نَقَبَ فأدخَلَ يَدَه وأخرَجَ المَتاعَ، أو دَخَلَ ونَاوَلَ المَتاعَ آخَرَ من خارجٍ لم يُقطَعْ، ....

قال: (**وإذا دَخَلَ جماعةٌ الحِرْزَ وتَولَّى بَعضُهُم الأخذَ قُطِعُوا إن أصابَ كُلَّ واحدٍ نِصَابٌ**) لوجودِ السرقةِ من كلٍّ واحدٍ منهم، لأن الأخذَ وُجد من الكُلِّ معنًى للمعاوَنَة، كما في قطعِ الطَّريق، وصار كالرِّدْءِ والمُعين، وإن كان أقلَّ من نصابٍ لم يُقطع، لأن القطعَ يجبُ على كلِّ واحدٍ بجنايتِه، فيعتبَرُ كمالُها في حقِّه.

قال: (**وإنْ نَقَبَ فأدخَلَ يَدَه وأخرَجَ المَتاعَ، أو دَخَلَ ونَاوَلَ المَتاعَ آخَرَ من خارجٍ لم يُقطَعْ**) أما الأولى: فلأنه لم يوجد الهَتْكُ على وجه الكمال، وهو الدخولُ، فصار فيه شبهةُ العَدَم، فلا يجبُ الحَدُّ. وأما الثانية: فلأن الداخلَ لم يُخرِجِ المَتاع لاعتراض يدٍ معتَبَرةٍ عليه قبل إخراجِه، والخارجُ لم يُوجَدْ منه هتْكُ الحِرْزِ، فلم تتمَّ السرقةُ من كلِّ واحدٍ منهما. وعن أبي يوسف: القطعُ في الأولى، لأن المقصودَ من السرقةِ إخراجُ المال من الحِرْزِ، وقد وُجد، فصار كما إذا أدخَلَ يدَه في صندوقِ الصَّيْرفيِّ وأخرَجَ الدراهمَ. وعنه في المسألةِ الثانية: إن أخرَجَ الداخلُ يدَه وناوَلَها الخارجَ قُطِع الداخل، وإن أدخَلَ الخارجُ يدَه فتناولها من الداخِلِ قُطِعا، وهي بناء على الأولى. وجوابُه أن كمالَ هَتْكِ حُرمةِ الحِرز بالدخول فيه، وهو ممكنٌ معتادٌ، ولم يوجد، بخلافِ الصندوقِ، لأن المُمكنَ فيه إدخالُ يدِه فيه دون دخولِه.

وإن ألقاهُ في الطَّريقِ ثُمَّ أخَذَه قُطِعَ، ولو حَمَلَه على حِمارٍ وساقَه قُطعَ، وإن أدخَلَ يدَه في صُندوقِ الصَّيْرَفِيِّ أو كُمِّ غيرِه وأخَذَ قُطعَ.

قال: (وإن ألقاهُ في الطَّريقِ ثُمَّ أخَذَه قُطِعَ) وقال زفر: لا يُقطَع، لأن الإلقاءَ لا يوجبُ القطعَ، كما لو لم يأخذْه، وبالأخذِ من الطريق لا يُقطَع كما لو أخذَه غيرُه. ولنا: أنه لم يَعترِض عليه فعلُ آخرَ، فاعتُبِر الكلُّ فعلاً واحداً، ولأن ذٰلك عادةُ اللصوص، لأنه يتعذَّرُ خروجُهم بالمتاع، فيفعلوا ذٰلك أو يفعلونَه ليتفرَّغوا للدَّفع لو ظُهِرَ عليهم أو للهربةِ، فكان من تمام السَّرقةِ، بخلاف ما إذا ألقاه ولم يأخذْه، لأنه مضيِّعٌ لا سارقٌ.

(و) كذٰلك (لو حَمَلَه على حِمارٍ وساقَه قُطعَ) لأن مَشْيَتَه[1] مضافة إليه، ولو خرج قَبْلَ الحمار ثم خرج الحمارُ بعدَه وجاءَ إلى منزِله لم يُقطَع. ولو علَّقه على طائرٍ له وتَرَكه في المنزِلِ، فطارَ بعدَ ذٰلك إلى منزِله لم يُقطَع لأنه مختارٌ في ذٰلك. ولو طَرَحَ المتاعَ في نهرٍ في الدار، فذهب به الماءُ وأخرجَه لا قَطْعَ عليه، لأن الماءَ أخرجَه بقوَّتِه، حتى لو لم يكن له قوَّةٌ، وحرَّكَه هو حتى أخرجَه قُطِع لأنه مضافٌ إلى فعلِه.

قال: (وإن أدخَلَ يدَه في صُندوقِ الصَّيْرَفِيِّ أو كُمِّ غيرِه وأخَذَ قُطِعَ) لأنه حِرْزٌ، أما الصندوقُ فحرزٌ بنفسِه على ما بينا، وأما الكُمُّ فحرزٌ بالحافظِ فيُقطَع.

---

(١) تحرفت في (س) إلى: مسبَّبه، وما أثبتناه من (م).

فصل

ولا قَطْعَ فيما يُوجَدُ تافهاً مباحاً في دارِ الإسلام: كالحَطَبِ والسَّمَكِ والصَّيدِ والطَّيْرِ والنَّوْرَةِ والزِّرْنِيخِ ونحوِها، ....

فصل

(ولا قَطْعَ فيما يُوجَدُ تافهاً مباحاً في دارِ الإسلام: كالحَطَبِ والسَّمَكِ والصَّيدِ والطَّيْرِ[1] والنَّوْرَةِ والزِّرْنِيخِ ونحوِها) لحديث عائشةَ: إن اليَد كانت لا تُقطَعُ على عهدِ رسولِ الله ﷺ في الشيءِ التافه[2]. وهو الحقيرُ، وما هو مباحٌ في الأصل بصورتِه، حقيرٌ لقِلَّة الرَّغَبات فيه، وكذا لا يجري فيه الشُّحُ والضِّنَّةُ، وما كان كذٰلك لا يؤخَذُ على كُرْهٍ من المالِكِ عادةً، فلا حاجةَ إلى الزاجِرِ كما قلنا فيما دون النِّصاب، ولما فيه من الشَّرِكةِ العامةِ في الأصل يوجبُ الشبهةَ. وقال عليه السلام: «لا قَطْعَ في الطير»[3] ويَعُمُّ جميعَ الطيور حتى الدَّجاجَ والبَطَّ، ويدخلُ

---

(١) في (س): والطين، والمثبت من (م)، وهو الصواب.

(٢) سلف تخريجه ص٥٢١.

(٣) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٦٠-٣٦١ وقال: غريب مرفوعاً، ورواه عبد الرزاق، وابن أبي شيبة في «مصنفيهما» موقوفاً على عثمان.

قلنا: أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٨٩٠٧) عن ابن المبارك، وابن أبي شيبة ١٠/ ٣٢ حدثنا وكيع، كلاهما عن سفيان الثوري، عن جابر الجعفي، عن عبد الله بن يسار قال: أراد عمر بن عبد العزيز أن يقطع رجلاً سرق دجاجة، فقال له أبو سلمة بن عبد الرحمٰن: إن عثمان بن عفان كان لا يقطع في الطير. واللفظ لعبد الرزاق.

=

ولا ما يَتَسارعُ إليه الفَسادُ: كالفاكهةِ الرَّطْبةِ واللَّبَنِ واللَّحمِ، . . . .

في السَّمَكِ: الملحُ والطَّرِيُّ. قال: (ولا ما يَتَسارعُ إليه الفَسادُ: كالفاكهةِ الرَّطْبةِ واللَّبَنِ واللَّحمِ) لقوله عليه السلام: «لا قَطْعَ في الطعام»[1] قالوا: معناه: ما يَتسارع إليه الفسادُ، لأنه يُقطَعُ في الحُبوب

= وأخرجه ابن أبي شيبة ١٠/ ٣١-٣٢ حدثنا عبد الرحمٰن بن مهدي، عن زهير ابن محمد، عن يزيد بن خصيفة قال: أتي عمر بن عبد العزيز برجل سرق طيراً، فاستفتى في ذٰلك السائب بن يزيد، فقال: ما رأيت أحداً قطع في الطير، وما عليه في ذٰلك قطع، فتركه عمر بن عبد العزيز ولم يقطعه.

وأخرج ابن أبي شيبة ١٠/ ٣٢ حدثنا عباد بن العوام، عن رجل، عن علي أنه كان لا يقطع في الطير.

(١) أخرجه مرسلاً ابن أبي شيبة ١٠/ ٢٧ عن وكيع، عن جرير بن حازم والسَّرِي بن يحيى، عن الحسن: أن النبي ﷺ أتى برجل سرق طعاماً فلم يقطعه. ورجاله ثقات.

وأخرجه أبو داود في «مراسيله» (٢٤٥) عن مسلم بن إبراهيم، عن جرير بن حازم، عن الحسن: أن النبي ﷺ قال: «إني لا أقطع في الطعام». ورجاله ثقات.

وأخرجه ابن أبي شيبة ١٠/ ٢٧ عن حفص، عن أشعث بن عبد الملك وعمرو بن عبيد، عن الحسن: أن النبي ﷺ أتي برجل سرق طعاماً، فلم يقطعه. وعمرو بن عبيد متروك الحديث.

وأخرجه عبد الرزاق (١٨٩١٥) عن الثوري، عن رجل، عن الحسن قال: أتي النبي ﷺ بسارق سرق طعاماً، فلم يقطعه. وفي سنده رجل مبهم. وزاد: قال سفيان: هو الطعام الذي يفسد من نهاره ليس له بقاء، كالثريد واللحم وما أشبهه، فليس فيه قطع، ولٰكن يعزر.

ولا ما يُتأوَّلُ فيه الإنْكار: كالأشرِبةِ المُطْربةِ، وآلاتِ اللَّهْوِ والنَّرْدِ والشَّطرَنْجِ، وصَليبِ الذَّهبِ، ولا في سَرِقَةِ المُصْحَفِ المُحَلَّى، . . . .

والسُّكَّر إجماعاً. وقال عليه السلام: «لا قطعَ في ثَمَرٍ ولا كَثَرٍ»[1]، قال محمد: الثمرُ: ما كان على رؤوس النَّخْل، والكَثَر: الجُمَّار. وقال عليه السلام: «لا قطعَ في الثِّمار، وما آواه الجَرينُ ففيه القطعُ»[2]، وهو موضعٌ تُجمَعُ فيه الثمار إذا صُرِمَتْ، والذي يُجمَع عادةً هو اليابسُ.

قال: (ولا ما يُتأوَّلُ فيه الإنْكار: كالأشرِبةِ المُطْربةِ، وآلاتِ اللَّهْوِ والنَّرْدِ والشَّطرَنْجِ، وصَليبِ الذَّهبِ) لأنه يُصدَّق دعواه في تأويلِه الإنكار، لأنه ظاهرُ حالِ المسلم، بل يجبُ عليه ذلك لأنه نهيٌ عن المنكَر.

قال: (ولا في سَرِقَةِ المُصْحَفِ المُحَلَّى) وعن أبي يوسف: أنه يُقطَع إذا بلغت الحِلْيَةُ نصاباً، لأنها ليست من المُصحَف، فاعتُبِرت بانفرادِها. ولنا: أنه يُتأوَّلُ فيه القراءةُ، ولأن الإحرازَ لأجل المكتوبِ

---

(١) أخرجه من حديث رافع بن خديج أبو داود (٤٣٨٨) مطولاً وفيه قصة، و(٤٣٨٩)، وابن ماجه (٢٥٩٣)، والترمذي (١٤٤٩)، والنسائي ٨/ ٨٧، وهو في «المسند» (١٥٨٠٤) و«صحيح ابن حبان» (٤٤٦٦). وهو حديث صحيح.

وقوله: «كَثَر» بفتحتين: جُمَّار النخل: وهي شحمته التي في قِمة رأسه، تقطع قمته، ثم تكشط عن جُمارة في جوفها بيضاء كأنها قطعة سنام ضخمة، وهي رخصة تؤكل بالعسل.

(٢) سلف تخريجه ضمن حديث حريسة الجبل ص٥٢٢.

وانظر ما قبله.

والصَّبيِّ الحُرِّ المُحلَّى. ولا في سَرِقَةِ العبدِ، ولا في سَرِقةِ الزَّرْع قبلَ حَصادِه، والثّمَرةِ على الشَّجَرِ، ....

ولا ماليَّةَ له، وما وراءَه تَبَعٌ كالجِلدِ والوَرَقِ والحِليةِ، ولا عبرةَ بالتَّبَع، والأصلُ أنه متى اجتَمَع ما يجبُ فيه القطعُ وما لا يجبُ لا يُقطَع، كالشرابِ وماءِ الوردِ في إناءِ ذهبٍ أو فضةٍ، لأنه اجتمع دليلا القطعِ وعَدَمِه، فأورَثَ شُبهةً، حتى لو شرب ما[1] في الإناءِ في الدارِ، ثم أخرَجَ الإناءَ من الدار فارغاً قُطع، لأن المقصودَ حينئذٍ هو الإناءُ، رواه هشام عن محمد.

(و) كذلك (الصَّبيِّ الحُرِّ المُحلَّى) وعن أبي يوسف: أنه يُقطَع لأن الحُلِيَّ غيرُه، فكان مقصوداً. ولنا أن الحُليَّ تَبَعٌ له وهو ليس بمالٍ، ولأنه يُتأوَّلُ في أخذِه خوفَ الهلاك، فيردُّه على أهله، ولو كان قصدُه الحُليَّ لأخذَه دون الصبيِّ. وكذا لو سَرَقَ كلباً عليه قلائدُ فضَّةٍ، لأنها تَبَعٌ له، ولا قَطْعَ في الأصل فكذا في التَّبَع.

قال: (ولا في سَرِقَةِ العبدِ) صغيراً كان أو كبيراً عند أبي يوسف، لأنه آدميٌّ من وجهٍ مالٌ من وجه، وقالا: يُقطَع في العبدِ الصغير لأنه مالُه لكونه منتَفَعاً به، أو بعَرَضيَّة الانتفاع بخلاف الكبير لأنه خداعٌ أو غَصْبٌ وليس بسرقةٍ، وإذا كان يعبِّرُ عن نفسِه ويَعقِلُ فهو كالكبير.

قال: (ولا في سَرِقةِ الزَّرْع قبلَ حَصادِه، والثّمَرةِ على الشَّجَرِ) لعدم الحِرز، وللحديث المتقدِّم.

---

(١) في (س): ماءً، والمثبت من (م).

ولا في كُتُبِ العِلْمِ. ويُقطَعُ في السَّاجِ والأبَنُوسِ والصَّنْدَلِ والقَنا والعُودِ والياقُوتِ والزَّبَرْجَدِ والفُصُوصِ كُلِّها، والأوانِي المُتَّخَذةِ من الخَشَبِ. . . .

قال: (**ولا في كُتُبِ العِلْمِ**) لأنه يُتأوَّلُ قراءتُها، ولأن المقصودَ ما فيها وليس بمالٍ. ويُقطع في دفاترِ الحِساب لأن ما فيها غيرُ مقصود، وإنما المقصودُ الكاغِدُ. ولو سَرَقَ الجلدَ والكواغدَ قبلَ الكتابة قُطع. وفي كُتُبِ الأدب روايتان.

قال: (**ويُقطَعُ في السَّاجِ والأبَنُوسِ والصَّنْدَلِ والقَنا والعُودِ والياقُوتِ والزَّبَرْجَدِ والفُصُوصِ كُلِّها**)[١] لأنها من أنفَسِ الأموال وأعزِّها، مرغوبٌ فيها، ولا توجدُ مباحةً في دار الإسلام بصورتِها، فصارت كالذهبِ والفضةِ.

(و) يُقطَع في (**الأوانِي المُتَّخَذةِ من الخَشَبِ**) لأنها التحقَتْ بالأموال النفيسةِ بالصنعةِ، ولا قَطْعَ في العاجِ ما لم يُعمَل، فإذا عُمِل منه شيءٌ قُطع فيه. ولا قَطْع في الزُّجاج لأن المكسورَ منه تافه،

---

(١) السَّاج: قال بدر الدين العيني في كتابه «البناية»: نوع من الشجر معروف يعظم جداً، يحمل من بلاد الهند إلى سائر البلاد.

والصندل: نوع من الخشب طيب الرائحة، وأجوده الأحمر والأبيض.

والقنا: جمع قناة، وهي خشبة الرمح.

والياقوت: هو من أعز الأحجار، وهو أحمر وأصفر وأخضر، وأعزها الأحمر.

والزبرجد: قال الجوهري: جوهر معروف، وليس فيه معرفة.

والفصوص: تعمل من الفيروز والزمرد.

ولا قَطْعَ على خائنٍ، ولا نبَّاشٍ، ولا مُنْتَهِبٍ، ولا مُخْتَلِسٍ، ....

والمصنوعَ يتسارعُ إليه الفسادُ. وقيل: يُقطَع في المصنوع لأنه مالٌ نفيسٌ لا يَتسارع إليه الفَساد. قال محمد: لو سَرَقَ جلودَ السِّباع المدبوغةَ، وقيمتها مئةٌ لا يُقطَع، ولو جُعلت مِصْلاةً أو بِساطاً قُطِع، لأنها خرجتْ من أن تكون جلودَ السباع لتغيُّر اسمِها ومعناها.

قال: (**ولا قَطْعَ على خائنٍ، ولا نبَّاشٍ، ولا مُنْتَهِبٍ، ولا مُخْتَلِسٍ**) قال عليه السلام: «لا قَطْعَ على خائنٍ ولا مختلسٍ ولا منتهِبٍ»[1] ولأن الحِرْزَ قاصرٌ في حقِّ الخائن، لأن المال غيرُ مُحْرَزٍ عنه، والمنتهِبُ والمختلِسُ مجاهِرٌ، فلا يكون سارقاً. وسُئل عليٌّ رضي الله عنه عن المختلِسِ والمنتهِبِ؟ فقال: تلك دَعارَةٌ[2] لا شيءَ فيها، ولأن اسمَ السارقِ لا يتناولُه، فلا يدخلُ تحتَ النَصِّ.

---

(١) أخرجه من حديث جابر أبو داود (٤٣٩١) و(٤٣٩٢) و(٤٣٩٣)، وابن ماجه (٢٥٩١)، والترمذي (١٤٤٨)، والنسائي ٨/٨٨، وهو في «المسند» (١٥٠٧٠)، و«صحيح ابن حبان» (٤٤٥٦). وهو صحيح.

(٢) تحرفت في الأصلين إلى: دُعابة، والتصحيح من «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٤٥ لابن قطلوبغا.

والدعارة: هي الخبث والفساد والفسق.

وأخرجه عبد الرزاق (١٨٨٥٢) وعنه ابن عبد البر في «الاستذكار» (٣٦١٩١)، وابن حزم في «المحلى» ١١/٣٢٢ عن الثوري، عن إسماعيل بن مسلم، عن الحسن، عن علي قال: سُئل عن الخلسة؟ فقال: تلك الدَّعَرَةُ المعلنة لا قطع فيها. والدعرة: الخبث والفساد. =

. . . .

وأما النبَّاشُ فيُقطَعُ عند أبي يوسف لقوله عليه السلام: «من نَبَشَ قطعناه»[1]، ولأنه سَرَقَ مالاً متقوّماً من حِرْزٍ مثلِه، فيُقطَع. ولهما ما روى الزهري: أن نبَّاشاً أُخِذَ في زمنِ مروانَ بالمدينةِ، والصحابةُ متوافِرون يومئذٍ، فأجمَعوا أن لا قَطْعَ عليه[2]، ولأن اسمَ السارقِ لا

= وأخرجه البيهقي ٨/ ٢٨٥ من طريق عوف عن خلاس، أن علياً رضي الله عنه كان لا يقطع في الدغرة، ويقطع في السرقة المستخفى بها.

والدغرة بالغين المعجمة: قال ابن الأثير في «النهاية»: هي الخلسة، وهي من الدفع، لأن المختلس يدفع نفسه على الشيء ليختلسه.

(١) أخرجه البيهقي في «المعرفة» رقم (١٧١٨٥) من طريق محمد بن أبي بكر المقدمي، عن بشر بن حازم، عن عمران بن يزيد بن البراء، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ، فذكره. وقال: في هٰذا الإسناد بعض من يُجهل.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ١٠/ ٣٣ حدثنا حفص، عن أشعث، عن الزهري قال: أُخِذَ نباش في زمان معاوية ـ زمان كان مروان على المدينة ـ فسأل من كان بحضرته من أصحاب رسول الله ﷺ بالمدينة والفقهاء، فلم يجدوا أحداً قطعه، قال: فأجمع رأيهم على أن يضربه، ويُطاف به.

وأخرج ١٠/ ٣٣ حدثنا عيسى بن يونس، عن معمر، عن الزهري قال: أُتِيَ مروان بن الحكم بقوم يَخْتَفُونَ القبور ـ يعني ينبشون ـ فضربهم ونفاهم، وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون.

قال ابن عبد البر في «الاستذكار» ٢٤/ ٢٢٥: الجمهور من الفقهاء والتابعين يرون قطع النباش، منهم مالك والشافعي وأصحابهما، وبه قال إسحاق وأبو ثور، وهو قول الحسن البصري وإبراهيم النخعي والشعبي وقتادة وحماد بن أبي=

ولا مَن سَرَقَ من ذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ، أو من سَيِّدِه، أو امرأةِ سَيِّدِه، أو زَوجِ سَيِّدَتِه، أو زَوجَتِه، أو مُكاتَبِه، أو من بيتِ المالِ، أو من الغَنيمَةِ، أو من مالٍ له فيه شَرِكَةٌ.

يتناولُه، ألا تَرى أن العرب أفرَدوا له اسماً؟ والقطعُ وَجَبَ على السارق نصاً، فلو أوجبناه عليه كان إلحاقاً له به، فيكون إيجابُ الحدود بالقياسِ، فلا يجوز، ولأنه ليس مِلْكاً للميِّت لانقطاع ملْكِه بالموت، ولا للوَرَثة لعدمِ جواز تصرُّفهم فيه، فلم يكن له مالكٌ معيَّنٌ، فلا يُقطَع، كمالِ بيت المال، وما رواه محمولٌ على السياسة. وقيل: هو موقوفٌ وليس بمرفوع[1].

قال: (**ولا مَن سَرَقَ من ذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ، أو من سَيِّدِه، أو امرأةِ سَيِّدِه، أو زَوجِ سَيِّدَتِه، أو زَوجَتِه، أو مُكاتَبِه، أو من بيتِ المالِ، أو من الغَنيمَةِ، أو من مالٍ له فيه شَرِكَةٌ**) لوقوع الخَلل في الحِرْزِ، لوجود الإذنِ في الدخول في البعض، وبُسُوطةٍ[2] في البعض في مالِ الآخر، ولأنَّ له حقاً في أكسابِ المكاتَب، وله نصيبٌ في بيتِ المال والمَغْنَم،

=سليمان، ورواية عن عمر بن عبد العزيز. وكان سفيان الثوري وأبو حنيفة وأصحابه لا يرون على النباش قطعاً وروي ذلك عن زيد بن ثابت ومروان بن الحكم، وأفتى به ابن شهاب الزهري.

(١) قال ابن قطلوبغا ص٣٤٥: وكذا قال في «الهداية»، ولم أر للمخرِّجين كلاماً على هذا.

(٢) البسوطة: من البسط، وهو السعة، أي: الانبساط بينهم في المال.

. . . .

وهو مرويٌّ عن عليٍّ رضي الله عنه[1]. وكذا إذا سَرَق المكاتَبُ من مولاه لا يُقطَع.

ولا يُقطَع بالسرقةِ من غَرِيمِه مثلَ ما له عليه لأنه استوفَى حقَّه، والحالُّ والمؤَجَّلُ سواء، لأن الحقَّ ثابتٌ، والتأجيلُ لتأخير المطالَبَة، وكذا لو سَرَقَ أكثرَ من حقِّه لأنه يصيرُ شريكاً بمقدار حقِّه، وكذا إذا أخَذَ أجْودَ من دراهمه أو أرْدَأَ، لأن الجنسَ متَّحدٌ. ويُقطَع بسرقةِ خلافِ جنسٍ ما عليه، لأنه ليسَ له ولايةُ الاستيفاء منه إلا بيعاً[2] إلا إذا قال: أخذتُه رهناً بحَقِّي، أو قضاءً به، فلا يُقطَع لأنه مختَلَفٌ فيه، فقد ظَنَّ في موضِعِه.

قومٌ سَرَقوا وفيهم صبيٌّ أو مجنونٌ، لا قَطْعَ عليهم وإن تولَّى ذلك الكبيرُ لأنه فعلُ واحدٍ لم يوجِبِ القطعَ على البعضِ، فلا يجبُ على الباقي للشُّبهة، وكذا شريكُ ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ. وقال أبو يوسف: ادرإِ الحَدَّ عن الصبيِّ والمَحْرَمِ، واقطَعِ الآخرَ اعتباراً لحالةِ الاجتماع بحالةِ

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٠/ ٢١: حدثنا شريك، عن سماك، عن ابن عبيد ابن الأبرص، أن علياً كان يقسم سلاحاً في الرحبة، فأخذ رجل مغفراً، فالتحف عليه، فوجده رجل، فأخذه وأتى به علياً، فلم يقطعه، وقال: له فيه شرك. وهو في «مصنف عبد الرزاق» (١٨٨٧١)، و«سنن البيهقي» ٨/ ٢٨٢، وابن عبيد بن الأبرص اسمه يزيد بن دثار وثقه العجلي وابن حبان.

(٢) تصحفت في (س) إلى: تبعاً، والتصويب من (م).

الانفراد، إذ فعلُ كلٍّ واحدٍ منهما معتبَرٌ بانفرادِه. وشريكُ الأخرسِ كشريكِ الصبيِّ في الخلاف، لأنه لا حَدَّ على الأخرس لاحتمال أنه لو نَطَقَ ادَّعى شبهةَ الشركةِ ونحوِها. قال أبو حنيفة: لا يُقطَع الأعمى إذا سَرَقَ لجهلِه بمالِ غيرِه وحِرْزِ غيره[١].

فصل

(**وتُقطَعُ يَمينُ السَّارِقِ من الزِّنْدِ وتُحْسَمُ**) أما القطعُ فللقراءةِ المشهورة، وأما اليمينُ فلِقراءةِ ابنِ مسعود[٢]. وعليه الإجماعُ. وأما من الزَّند لأن الآية مجمَلَةٌ، فإن اليدَ تتناول إلى الإبْطِ وتتناولُ الزَّنْدَ والمَرفِق، وقد وَرَدَتِ السنَّةُ مفسِّرةً لها بما ذكرنا، فإن النبيَّ عليه السلام أمَرَ بقَطعِ يدِ السارقِ من الزَّنْد[٣]. وأما الحَسْمُ فلقوله عليه السلام: «فاقطَعوه واحسِمُوه»[٤] ولأنه إذا لم تُحسَمْ يؤدِّي إلى التَّلَف، لأن الدمَ لا ينقطعُ إلا به، والحدُّ زاجرٌ غيرُ متلِفٍ، ولهٰذا لا يُقطَعُ في الحَرِّ الشديدِ، والبردِ الشديد.

(١) قوله: «وحرز غير» لم ترد في (س)، وأثبتناها من (م).

(٢) أخرج الطبري (١١٩١٠) من طريق الشعبي قال: في قراءة ابن مسعود: «السارق والسارقة فاقطعوا أيمانهما».

(٣) انظر «نصب الراية» ٣/ ٣٧٠.

(٤) سلف تخريجه ص٤٨١.

فإن عادَ قُطِعَتْ رِجْلُه اليُسْرَى، فإن عادَ لم يُقْطَعْ ويُحبَسُ حتَّى يَتُوبَ.

(**فإن عادَ قُطِعَتْ رِجْلُه اليُسْرَى، فإن عادَ لم يُقْطَعْ ويُحبَسُ حتَّى يَتُوبَ**) والأصل أن حدَّ السرقةِ شُرِع زاجِراً لا مُتْلِفاً، لأن الحدودَ شُرعت للزَّجْر عن ارتكاب الكبائر لا متلفةً للنفوس المحتَرَمَة، فكلُّ حدٍّ يتضمنُ إتلافَ النفس من كلِّ وجه أو من وجهٍ لم يُشْرَعْ حدّاً، وكلُّ قَطْعٍ يؤدِّي إلى إتلافِ جنسِ المنفعةِ كان إتلافاً للنفسِ من وجه يُشرَعُ، وقَطعُ اليد اليسرى والرِّجل اليُمنى يؤدِّي إلى إتلافِ جنسِ منفعةِ البطشِ والمشي، فلا يُشرَع حدّاً، وإليه الإشارةُ بقول عليٍّ رضي الله عنه: إني لأستحي مِن الله أن لا أدَعَ له يداً يأكلُ بها ويستنجِي بها ورِجلاً يمشي عليها[1]، وبهٰذا حاجَّ بقيَّةَ الصحابة فحجَّهم، فانعقدَ إجماعاً. وعن عمرَ رضي الله عنه أنه أُتي برجلٍ أقطَعَ اليدِ والرجلِ قد سَرَقَ يقال له: سدوم، فأراد أن يقطَعَه، فقال له عليٌّ رضي الله عنه: إنما عليه قطعُ يدٍ ورجلٍ، فحَبَسَه عمرُ رضي الله عنه ولم يَقطعْه[2]، ففتوى عليٍّ ورجوعُ عمر إليه من غيرِ نكيرٍ ولا مخالفةٍ من غيرِهما دليلٌ على إجماعِهم عليه، أو أنه كان شريعةً عرفوها من رسولِ الله ﷺ، وهٰذا بخلافِ القِصاص لأنه حقُّ العبد فيُستوفَى جَبْراً لحقِّه. وما روي من الحديث

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٨٧٦٤) من طريق الشعبي عن علي.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٨٧٦٦)، وابن حزم في «المحلى» ١١/ ٣٥٥ من طريق إسرائيل بن يونس، عن سماك بن حرب، عن عبد الرحمٰن ابن عائذ الأزدي، عن عمر أنه أتي برجل قد سرق... فذكره.

فإن كان أقطَعَ اليَدِ اليُسرَى أو أَشَلَّها أو إبهامِها أو أُصبُعَينِ سِواها، وفي روايةٍ: ثَلاثِ أَصَابعَ، أو أَقْطَعَ الرِّجْلِ اليُمنَى أو أَشَلَّها، أو بها عَرَجٌ يَمنَعُ المَشيَ عليها لم تُقْطَعْ يدُه اليُمنَى ولا رِجْلُه اليُسرَى. . . . .

في قطعِ أربعةِ السارقِ[1] طَعَنَ فيه الطحاوي، أو نقول: لو صَحَّ لاحتجَّ به الصحابةُ على عليٍّ رضي الله عنه، ولَرَجَع إليهم، وحيث حجَّهم ورجعوا إلى قوله دَلَّ على عدم صحَّتِه، فإن كانت يدُه اليمنى ذاهبةً أو مقطوعةً تُقطَع رجلُه اليسرى من المَفْصِل، وإن كانت رجلُه اليسرى مقطوعةً فلا قطعَ عليه لما فيه من الاستهلاك على ما بينا، ويُضمَّنُ السرقةَ ويحبَسُ حتى يتوبُ.

قال: (**فإن كان أقطَعَ اليَدِ اليُسرَى أو أَشَلَّها أو إبهامِها أو أُصبُعَينِ سِواها، وفي روايةٍ: ثَلاثِ أَصَابعَ، أو أَقْطَعَ الرِّجْلِ اليُمنَى أو أَشَلَّها، أو بها عَرَجٌ يَمنَعُ المَشيَ عليها لم تُقْطَعْ يدُه اليُمنَى ولا رِجْلُه اليُسرَى**) وجملتُه أنه متى كان بحالٍ لو قُطعت يدُه اليُمنى لا ينتفِع بيدِه اليسرى، أو لا ينتفِعُ برجلِه اليُمنى لآفةٍ كانت قبلَ القطع لا يُقطَعُ، لأن فيه تفويتَ

---

(١) أخرج أبو داود (٤٤١٠)، والنسائي في «الكبرى» (٧٤٢٩) من حديث جابر رضي الله عنه قال: أُتي بسارق إلى النبي ﷺ فقال: «اقتلوه» فقالوا: يا رسول الله، إنما سرق، فقال: «اقطعوه». . . ثم جيء به الرابعة، فقال: «اقتلوه»، فقالوا: يا رسول الله، إنما سرق، فقال: «اقطعوه»، ثم أُتي به الخامسة فقال: «اقتلوه». . . ثم ذكر جابر أنهم قتلوه. قال النسائي: مصعب بن ثابت ليس بالقوي، ويحيى القطان لم يتركه، وهٰذا الحديث ليس بصحيح، ولا أعلم في هٰذا الباب حديثاً صحيحاً عن النبي ﷺ.

جنسِ المنفعة بَطْشاً أو مشياً. وقِوامُ اليد بالإبهام، فعدمُها أو شَلَلُها كشَلَلِ جميع اليد، ولو كانت أصبعٌ واحدةٌ سِوى الإبهام مقطوعةً أو شَلاءَ قُطِع، لأن فواتَ الواحدةِ لا يوجبُ نقصاً ظاهراً في البطشِ، بخلافِ الأصبُعين لأنهما كالإبهامِ في البطشِ. ولو كانت اليدُ اليمنى شلَّاءَ أو ناقصةَ الأصابعِ يُقطَعُ في ظاهر الرواية، لأن المستحقَّ بالنصّ قطعُ يدِه اليمنى دون اليُسرى، واستيفاءُ الناقصِ عند تعذُّر استيفاءِ الكامل جائزٌ. وعن أبي يوسف: لا يُقطَع لأن مطلَقَ الاسم يتناولُ الكاملَ، ذكره في «اختلافِ زفر ويعقوب» رحمهما الله. ولو كانت رِجلُه اليُمنى مقطوعةَ الأصابع، فإن كان يستطيعُ المشيَ عليها قُطِعت يدُه اليمنى، وإلا فلا لما بينا.

فإن سَرَقَ في الثالثةِ بعدما قُطِعت يدُه ورجلُه حُبِس وضُرب، لأن القطعَ لما سَقَطَ لم يبقَ إلا الزجرُ بالحَبسِ والضربِ لحديث عمرَ رضي الله عنه[1].

قال: (**وإن اشتَرى السَّارِقُ المَسرُوقَ أو وُهِبَ له أو ادَّعاهُ لم يُقطَعْ**) وقال زفر: إن كان بعدَ القضاء بالقَطع قُطِع، وهو روايةٌ عن أبي يوسف، لأن السرقةَ قد تمَّت انعقاداً وظهوراً، وبالشراءِ والهبةِ لم يُتبيَّن قيامُ الملكِ وقتَ السرقةِ فلم تَثبتِ الشُّبهة. ولنا أن الإمضاءَ في الحُدود من باب القضاءِ للاستغناءِ عن القضاء بالاستيفاء، لأن

(١) سلف تخريجه ص٥٤٠.

وإذا قُطِعَ والعَينُ في يَدِه رَدَّها، وإن كانَتْ هالِكَةً لم يَضْمَنْها. . . . .

القضاءَ للظُّهور، وهو حقُّ الله تعالى، وهو ظاهرٌ عنده، وإذا ثَبَتَ ذٰلك يُشترط قيامُ الخُصومةِ عند الاستيفاء، فصار كما إذا مَلَكها قبلَ القضاء، ولأن الشُّبهة دارئةٌ وأنها تتحقَّقُ بمجرَّد الدعوى، لاحتمال صِدْقِه.

قال: (**وإذا قُطِعَ والعَينُ في يَدِه رَدَّها**) لأنها ملكُه، قال عليه السلام: «مَن وَجَدَ عينَ مالِه فهو أحقُّ به»[1]، والنبيُّ عليه السلام قَطَعَ سارقَ رِداءِ صفوانَ ورَدَّ الرداءَ إلى صفوان[2]. وكذٰلك إن كان ملَّكها غيرَه بأيِّ طريقٍ كان وهي قائمةٌ بعينِها لما قلنا.

(**وإن كانَتْ هالِكَةً لم يَضْمَنْها**) لقوله عليه السلام: «لا غُرْمَ على السارقِ بعدما قُطِعتْ يمينُه»[3] وفي رواية ابن عوف عنه عليه السلام:

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩)، وهو في «المسند» (٧١٢٤)، و«صحيح ابن حبان» (٥٠٣٦).

وأخرجه من حديث سمرة أبو داود (٣٥٣١)، وهو في «المسند» (٢٠١٠٩).

(٢) سلف تخريجه ص٥٢٤.

(٣) أخرجه الدارقطني (٣٣٩٦) من طريق سعد بن إبراهيمَ، عن أخيه مسور ابن إبراهيم، عن عبد الرحمٰن بن عوف قال: قال رسول الله ﷺ: «لا غرم على السارق بعد قطع يمينه». قال الدارقطني: سعد بن إبراهيم مجهول، والمسور بن إبراهيم لم يدرك عبد الرحمٰن بن عوف، وإن صح إسناده كان مرسلاً. والله أعلم.

وانظر ما بعده.

«إذا قُطِع السارقُ فلا غُرْمَ عليه»[1]، ولأنه لو ضَمِنها لمَلَكها من وقتِ الأخذِ على ما عُرف في الغَصْبِ، فيكون القطعُ واقعاً على أخذِ ملْكِه ولا يجوز. وروى ابن سَمَاعة عن محمد: إني آمرُه برَدِّ قيمةِ ما استهلَكَه، وإن كنتُ لا أقضي عليه بذٰلك، لأن القضاءَ يؤدِّي إلى إيجابِ ما يُنافي القطعَ، لٰكن يُفتَى بالرَّدِّ لأنه أتلَفَ مالاً محظوراً بغيرِ حقٍّ. وكذٰلك قُطَّاعِ الطريق، فإن سَقَطَ القطعُ لشُبهةٍ ضَمِنَ، لأن أخذَ مالِ الغير موجبٌ للضمان، وإنما سَقَطَ بالقطع على ما بينا، فإذا سَقَطَ القطعُ عاد الضمانُ بحالِه.

---

(١) أخرجه النسائي في «المجتبى» ٨/ ٩٢ من طريق سعد بن إبراهيم يحدث عن المسور بن إبراهيم، عن عبد الرحمٰن بن عوف: أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد» قال النسائي: وهٰذا مرسل وليس بثابت.

ونقل ابن قطلوبغا في «تخريج أحاديث الاختيار» ص٣٤٨ قال: فقد وصله سعيد بن كثير بن عفير على ما قاله ابن عبد البر، والحق أن الذي وصله أحمد بن الحسن الترمذي، أخرجه الحافظ أبو جعفر الطبري قال: حدثنا أحمد بن الحسن الترمذي، حدثنا سعيد بن كثير بن عفير، حدثنا الفضل بن فضالة، عن يونس بن يزيد، عن سعد بن إبراهيم قال: حدثني أخي المسور بن إبراهيم، عن أبيه إبراهيم، عن أبيه عبد الرحمٰن بن عوف: أن رسول الله ﷺ قال: إذا أقيم على السارق الحد فلا غرم عليه. قال الحافظ: وهٰذا خبر صحيح عندنا سنده. قال: وبذٰلك قال جماعة من العلماء منهم الشعبي والنخعي وعطاء والحسن. انتهى.

وانظر «نصب الراية» ٣/ ٣٧٥-٣٧٦. وانظر ما قبله.

ومَن قُطِعَ في سَرِقَةٍ ثُمَّ سَرَقَها وهي بِحالِها لم يُقْطَعْ. وإنْ تَغيَّرَ حالُها كما إذا كانَ غَزلاً فَنُسِجَ قُطِعْ. ....

قال: (ومَن قُطِعَ في سَرِقَةٍ ثُمَّ سَرَقَها وهي بِحالِها لم يُقْطَعْ) والقياسُ أن يُقطَعَ، وهو روايةُ الحسن عن أبي يوسف، لأنه إذا ردَّها صارت كعينٍ أخرى في حقِّ الضمان، فكذا في حقِّ القَطْع، وجه الاستحسان: أنها صارت غيرَ متقوِّمةٍ في حقِّه، ألا تَرى أنه لو استهلَكها لا ضَمانَ عليه، وما ليس بمتقوّمٍ في حقِّه لا قطعَ عليه في سرقتِه، وبالردِّ إلى المالِكِ إن عادت حقيقةُ العِصْمَةِ فشبهةُ السقوط باقيةٌ نظراً إلى اتحاد الملكِ والمَحَلِّ.

قال: (وإنْ تغيَّرَ حالُها كما إذا كانَ غَزلاً فَنُسِجَ قُطِعْ) لتبدُّل العين اسماً وصورةً ومعنًى، حتى يملكُه الغاصبُ به، وإذا تبدَّلتِ العينُ انتفَتِ الشبهةُ الناشئةُ من اتحادِ المَحَلِّ والقطع فيه فيُقطعُ.

ولو سَرَقَ عيناً فقُطع فيها، ثم إن المسروقَ منه باعَها من آخرَ ثم اشتراها، ثم عادَ وسَرَقها، قال مشايخُ العراق: لا يُقطع لأن العينَ قائمةٌ حقيقةً، لٰكن تبدَّلَ سببُ الملكِ فيها، فكان شبهةُ سُقوطِ العِصْمةِ قائمةً. وقال مشايخُ خُراسان: يُقطَع لأن العصمةَ سَقَطَتْ في حقِّ الأول ضرورةَ وجوبِ القطع، وهٰذه الضرورةُ انعدمتْ في حقِّ المشتري، فقد وُجد دليلُ العصمةِ وفُقد دليلُ سُقوطها، فبقيتْ معصومةً، فإذا عادتْ إلى البائع عادتْ معصومةً مقوَّمةً كما كانت.

وكذٰلك لو سَرَقَ قُطْناً فقُطِع فيه، ثم غُزِلَ فسَرَقَه قُطِع لما بينا.

. . . .

ولو سَرَقَ ثوبَ خَزٍّ أو صوفٍ فقُطِع فيه، ثم نُقِضَ الثوبُ فسَرَقه ثانياً لم يُقْطَع، لأن العينَ والملكَ لم يتبدَّلْ.

وحضورُ المالكِ أو مَن يقومُ مقامَه شرطٌ لصحةِ القضاءِ بالسرقةِ، لأن القضاءَ بالسرقةِ قضاءٌ بالمِلْكِ له. ولو غابَ بعدَ القضاء قبلَ الاستيفاءِ لا يُقطَع، لأن للاستيفاءِ شُبهاً بالقضاء، ولهٰذا رجوعُ الشهودِ وجرحُهم بعدَ القضاء يمنَعُ الاستيفاءَ، وغَيبةُ الشهودِ وموتُهم بعدَ القضاء لا يمنَعُ الإمضاءَ في الحُقوق كلِّها، لأن الحدودَ لا تُدْرأُ بشبهةٍ تُتَوهَّمُ مثل رجوعِ الشهودِ وجَرْحهم، لأن هٰذا التوهُّمَ لا ينقطعُ، فلو اعتُبِر لم يُقَمْ حدٌّ أبداً.

ولو فَسَقوا أو عَمُوا أو جُنُّوا أو ارتَدُّوا بعدَ القضاءِ يَمنَعُ الإمضاءَ في الحدودِ والقِصاص دونَ الأموال، لأن القضاءَ إنما يُظهِرُ ولايةَ الاستيفاءِ للقاضي، لأن الحقَّ ظاهرٌ لصاحبه وهو الله تعالى، والحاجةُ إلى القضاءِ لظُهور ولايةِ الاستيفاء، فكان الاستيفاءُ قضاءً معنىً، فكانت هٰذه العوارضُ حادثةً قبل القضاءِ معنًى، بخلاف الأموال، لأن الحقَّ إذا ظهرَ بالقضاءِ فولايةُ الاستيفاءِ ثبتت لصاحبِ الحقِّ بالملكِ السابقِ لا بالقضاء.

ولو سَرَقَتْ من أجنبيٍّ أو سَرَقَ من أجنبيَّة ثم تزوَّجا سَقَطَ القطعُ، لأن اعتراضَ الزوجيةِ بعد القضاءِ يمنعُ الاستيفاءَ، فيمنَعُ القضاءَ أولى.

ويُقطَع السارقُ بخُصومةِ[1] المُودَعِ والمستعيرِ والغاصِبِ والمضارِبِ والمستأجِرِ والمُرتهِنِ والأبِ والوصيِّ.

اعلم أن اليدَ ضربان: صحيحةٌ، وغيرُ صحيحة، فالسرقةُ من اليدِ الصحيحةِ يتعلَّقُ بها القطعُ، يَدَ مالكٍ كانت أو غيرَ مالك، ومن غير الصحيحةِ لا يتعلَّق بها القطعُ. واليدُ الصحيحةُ: يدُ ملكٍ ويدُ أمانةٍ ويدُ ضمانٍ، والتي ليست بصحيحةٍ: يدُ السارق، أما السرقةُ من يدِ المالكِ فلما مرَّ، وأما من يدِ الأمانةِ فإنها كيدُ المالِكِ، لأن يدَ المودَع يدٌ مودَعةٌ، ويدَ الضَّمان يدٌ صحيحةٌ كالمرتَهِنِ والقابِضِ على سَومِ الشراءِ والغاصِبِ، لأن لهم ولايةَ الأخذِ والحِفظ دفعاً للضمان عنهم، فأشبهت يدَ المالك، ويُقطع بخُصومةِ المالِكِ أيضاً إذا سَرَقَ من هٰؤلاء إلا الراهِنَ، لأنه لا حقَّ له في قبضِ العين مع قيامِ الرَّهْن، فإذا قَضَى الدينَ بطل الرهنُ، فكان له ولايةُ الخصومةِ فيُقطَعُ بخصومتِه أيضاً. وقال زفر: لا يُقطَع إلا بخُصومة المالِكِ والأبِ والوصيِّ، لأن ولايةَ الخُصومةِ للباقين إنما تثبتُ ضرورةَ الحفظِ، فلا تظهرُ في حقِّ القطع. ولنا: أن السرقة ثبتت بحُجَّةٍ شرعيَّةٍ عَقِيبَ خصومةٍ معتَبَرةٍ، لحاجتِهم إلى الاسترداد فيستوي[2] القطعُ كالسرقةِ من المالِكِ، فلا تُعتَبرُ شبهةٌ موهومةُ الاعتراض، واليدُ التي ليست بصحيحةٍ يد السارقِ، فلا قَطْعَ

(١) تحرفت في (س) إلى: بحضرة، والتصويب من (م).

(٢) كذا في (س)، وفي (م): فيستوفَى.

على من سَرَقَ منه، لأنها ليستْ يدَ ملكٍ ولا أمانةٍ ولا ضمانٍ، فصار كأنه أخَذَه من الطريقِ، أو أخَذَ المالَ الضائعَ، ولا يُقطَع بخصومةِ المالكِ أيضاً، لأن السارقَ الثاني لم يُزِلْ عن المالكِ يداً صحيحةً، فصار كأخذِه من الطريق.

وكلُّ ما يُحدِثُه السارقُ في العين المسروقةِ على وجهين: أما أن يكونَ نقصاً أو زيادةً، فإن كان نقصاً قُطع ولا ضمانَ عليه ورُدَّتِ العينُ، لأن نقصانَ العين ليس بأكثرَ من هلاكِها، وإن كانت زيادةً فإن كان يُسقِطُ حقَّ المالك من العين كقَطْع الثوبِ وخياطتِه قباءً أو جُبَّةً أو نحو ذٰلك، قُطِع السارقُ ولا سبيلَ للمالِكِ على العين ولا ضمانَ، لأن العينَ زالت عن ملكِ المسروق منه وتعذَّر الضمانُ بالقطع، فصار كالاستهلاك، وإن كانت الزيادةُ لا تَقطَعُ حقَّ المسروق منه كالصَّبْغ، قال أبو حنيفة: يُقطَعُ السارقُ ولا سبيلَ للمسروقِ منه على العين، وقالا: يأخذُه ويعطِي ما زادَ الصبغُ فيه، لأن المالكَ متخيِّر بين تضمين الثوبِ وبين أخذِه وضمانِ الزيادةِ، وقد تعذَّرَ التضمينُ بالقَطْع فتعيَّنَ أخذُه، وضمانُ الزيادة لأن المخيَّر بين الشيئين إذا تعذَّر أحدُهما تعيَّن الآخر. ولأبي حنيفة: أنه لا يجوزُ تضمينُ الثوبِ بعدَ القطعِ لما مرّ. ولو ردَّ الثوبَ يصيرُ السارقُ شريكاً فيه بسبٍ متقدِّمٍ على القطع، وسرقةُ العين المشتركةِ تُسقط القطعَ ابتداءً، فإذا وُجد القطعُ لم يُجْزِ إثباتُ ما ينافيه، وليس كذٰلك إذا صَبَغَه بعدَ القطع، لأن الشركةَ بعدَ القطع لا تُسقِطُ القطعَ، كما لو باعَ المالكُ بعضَ الثوب من السارقِ. ولو سَرَقَ ذهباً

فصل

إذا خَرَجَ جماعةٌ لِقَطْعِ الطَّريقِ أو واحدٌ فأُخِذُوا قَبْلَ ذٰلكَ، حَبَسَهُم الإمامُ حتَّى يَتُوبُوا. وإن أَخَذُوا مالَ مُسلمٍ أو ذِمِّيٍّ وأصابَ كُلاًّ منهم نِصابُ السَّرِقةِ قطَعَ أيدِيَهُم وأرجُلَهم من خِلافٍ. وإن قَتَلوا ولم يأخُذُوا مالاً قتلَهم ولا يَلتَفِتُ إلى عَفْوِ الأولياءِ. وإن قَتَلوا وأَخَذُوا المالَ قَطَعَ أيدِيَهم وأرجُلَهم من خلافٍ وقَتَلَهم أو صَلَبَهم، أو قَتَلَهم، أو صَلَبَهم. . . . .

وفضةً فضرَبه دراهمَ أو دنانيرَ، قُطِع ورَدَّ الدراهمَ والدنانيرَ عند أبي حنيفة. وقالا: لا سبيلَ للمسروقِ منه عليها، وهٰذه صنعةٌ متقوّمةٌ عندهما خلافاً له، وقد عُرف في الغَصْب. وفي الحديدِ والرصاصِ والصُّفْر إن جعلَه أوانيَ، فإن كان يباعُ عدداً فهو كالسارقِ بالإجماع، وإن كان يباعُ وزناً فهو على اختلافِهم في الذهب والفضة. وبهٰذا الأصل يُعرَفُ جميعُ مسائل ما يحدِثُه السارقُ في المسروق لمن يتأملّه.

فصل

(إذا خَرَجَ جماعةٌ لِقَطْعِ الطَّريقِ أو واحدٌ فأُخِذُوا قَبْلَ ذٰلكَ، حَبَسَهُم الإمامُ حتَّى يَتُوبُوا. وإن أَخَذُوا مالَ مُسلمٍ أو ذِمِّيٍّ وأصابَ كُلاًّ منهم نِصابُ السَّرِقةِ قطَعَ أيدِيَهُم وأرجُلَهم من خِلافٍ. وإن قَتَلوا ولم يأخُذُوا مالاً قتلَهم ولا يَلتَفِتُ إلى عَفْوِ الأولياءِ) لأنه إنما يقتُلُهم حدّاً حقّاً لله تعالى، ولا يصحُّ العفو عن حقوق الله تعالى.

(وإن قَتَلوا وأَخَذُوا المالَ قَطَعَ أيدِيَهم وأرجُلَهم من خلافٍ وقَتَلَهم أو صَلَبَهم، أو قَتَلَهم) يعني من غير قَطْعٍ (أو صَلَبَهم) من غير قَطْعٍ.

. . . .

والأصلُ في ذٰلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ﴾ [المائدة: ٣٣]، قيل: معناه: الذين يحارِبون أولياءَ الله وأولياءَ رسولِه، لاستحالةِ محاربةِ الله تعالى بطريقِ حَذْف المُضاف. وقيل: المرادُ أنهم في حُكم المحارِبين، لأنهم لما امتَنَعوا على نائبِ الله تعالى الإمامِ وجماعةِ المسلمين وتظاهَروا بمخالفةِ أوامرِ الله تعالى كانوا في حُكم المحارِبين، وهٰذا توسُّعٌ في الكلام ومجازٌ، كقوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَآقِّ ٱللَّهَ﴾ [الحشر: ٤] والمحارِبون المذكورون في الآية هم القومُ يجتمِعون، لهم مَنَعَةٌ بأنفُسِهم يحمِي بعضُهم بعضاً، ويتناصَرون على ما قَصَدوا إليه، ويتعاضَدون عليه، وسواءٌ كان امتناعُهم بحديدٍ أو خشبٍ أو حجارةٍ، ويكون قطعُهم على المسافرين في دار الإسلام من المسلمين وأهلِ الذمَّةِ دونَ غيرهم، هٰذا عندَ أبي حنيفة وأصحابِه رضي الله عنهم.

قال أصحابنا: الآيةُ مرتَّبةٌ على ما ذكرنا من الأحوال الأربعة، ورُوي ذٰلك عن عليٍّ وابن عباسٍ والنَّخَعي وابنِ جُبير[1]، ولأن الجناياتِ تتفاوتُ على الأحوال، فاللائقُ تغلُّظُ الحُكم بتغلُّظها، فإذا أخافوا

(١) أثر علي أخرجه الكرخي في «المختصر» ـ كما في «تخريج أحاديث الاختيار» لابن قطلوبغا ص٣٤٩ ـ وإسناده ضعيف.

وآثار ابن عباس والنخعي وابن جبير أخرجها ابن أبي شيبة ١٠/١٤٦-١٤٧.

السبيلَ ولم يقتُلوا ولم يأخُذوا مالاً حُبسوا، وهو المرادُ من النفي من الأرض. وقيل: هو أن الإمامَ لا يزالُ يطلُبهم حتى يخرُجوا من دار الإسلام.

وإن أخَذوا مالاً على الوصف المذكورِ قَطَعَ أيديَهم وأرجلَهم من خلافٍ يعني: اليدَ اليمنى والرِّجلَ اليُسرى، ويُشترط أن يكون المالُ معصوماً عِصْمةً مؤبَّدةً، فلهٰذا قال: مالَ مسلمٍ أو ذمِّيٍّ، حتى لو قَطَعَ على مستأمَنٍ لا يُقطَع، لأن خطرَه مؤقَّتٌ، فلا يجبُ فيه حدٌّ كالسرقةِ الصغرى. ولا بدَّ أن يُصيبَ كلَّ واحدٍ نصابٌ لما مر في السرقة.

وإن قَتَلوا ولم يأخُذوا مالاً قَتَلَهم حدّاً على ما بينا.

وإن قَتَلوا وأخَذوا المالَ فالإمامُ فيهم بالخيار على الوجهِ الذي بيَّنا، وهٰذا لأنَّ أخْذَ المال موجِبٌ للقطع في السرقة الصغرى، وتغلَّظتِ الكُبرى بقَطْع الطريق[1]، والقتلُ موجِبٌ للقتل في غيرِ قَطْعِ الطريق[1]، ويغلَّظُ هنا بأن يُقتَلَ، ولا يُلتَفَتُ إلى عفوِ الوليِّ وصُلْحِه، وهو معنى قولنا: يقتُلُهم حدّاً، فإذا جَمَع بين القَتْل والسرقةِ يُجمَع عليه بين موجِبهما، وهٰكذا نزل جبريلُ عليه السلام بالحدِّ فيهم، وتكون «أو» في الآية بمعنى الواو.

وقال أبو يوسف: لا يُترَكُ الصَّلبُ لأنه منصوصٌ عليه كالقتلِ والقطعِ، ولأنه أبلَغُ في التشهير، وهو المقصودُ ليُعتبَر به، وجوابُه: أن

---

(١) في (س): الطرفين، والمثبت من (م).

ويُطْعَنُ تحتَ ثَنْدُوَتِه اليُسرَى حتى يَمُوتَ، ولا يُصلَبُ أكثرَ من ثَلاثة أيّامٍ. وإن باشرَ القَتْلَ واحدٌ منهم أُجْرِيَ الحَدُّ على الكُلّ، . . . .

التشهيرَ حَصَلَ بالقتلِ والصلبِ مبالغةً، فيخيَّرُ فيه، وقال محمد: يُقتَلُ أو يُصلَبُ ولا يُقطَعُ، لأن النفسَ وما دونَها إذا اجتمعا لِحَقِّ الله تعالى دَخَلَ ما دون النفسِ في النفسِ، كالمُحصَنِ إذا زنى وسَرَق. قلنا: هذا حدٌّ واحدٌ وَجَبَ لمعنًى واحدٍ، وهو إخافةُ الطريقِ على وجه الكمال بالقتلِ وأخذِ المال، والحدُّ الواحدُ لا يدخلُ بعضُه بعضاً، ألا ترى أن قَطْعَ اليد والرِّجْلِ حدٌّ واحدٌ في أخذِ المالِ في الكبرى، حدَّان في الصُّغرى؟ والتداخلُ في الحدود لا في حدٍّ واحدٍ، واختَلَفوا في صَلْبِه: قال الطحاوي: يُقتَلُ ثم يُصلَبُ. وقال الكرخيُّ: يُصلَبُ حيّاً.

(**ويُطْعَنُ تحتَ ثَنْدُوَتِه اليُسرَى حتى يَمُوتَ**) لأنه أبلغُ في زَجْرِ غيره.

قال: (**ولا يُصلَبُ أكثرَ من ثَلاثة أيّامٍ**) ثم يخلَّى بينَه وبين أهلِه ليَدفِنوه، لأنه يتغيَّرُ بعدَ ذٰلك فيَستضِرُّ الناسُ برائحتِه، ولأن المقصودَ يحصُلُ بذٰلك وهو الزَّجْرُ والاشتهار. وعن أبي يوسف: يُترَكُ على الخَشَبةِ حتى يتقطَّع فيسقطَ ليَعتَبرَ به غيرُه، والحُكم في قَطْعِ اليدِ والرِّجلِ ما بيناه في الصُّغرى من شَلَلِ أيديهم وذهاب بعضِ الأعضاءِ لما ذكرنا.

قال: (**وإن باشرَ القَتْلَ واحدٌ منهم أُجْرِيَ الحَدُّ على الكُلّ**) لأن المحارَبَة تتحقَّقُ بالكُلِّ، لأنهم إنما أقدَموا على ذٰلك اعتماداً عليهم، حتى لو غُلِبوا أو هُزِموا انحازوا إليهم، فكانوا عَوناً لهم، ولهٰذا المعنى

وإن كان فيهم صَبيٌّ أو مجنونٌ أو ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من المَقطُوعِ عليهم صارَ القَتْلُ للأولياءِ.

كان الرِّدْءُ في الغنيمةِ كالمقاتِل، ولأن الرِّدْءَ ساعٍ في الأرض فساداً، لأنه إنما وَقَفَ ليقتُلَ إذا قُتل، فيُقتلُ كأهل البَغي.

قال: (**وإن كان فيهم صَبيٌّ أو مجنونٌ أو ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من المَقطُوعِ عليهم صارَ القَتْلُ للأولياءِ**) معناه: أنه سقط الحدُّ، فلو عفا الوليُّ أو صالَحَ سقَطَ القِصاص، وهٰذا لأن الجنايةَ واحدةٌ قامت بالكُلِّ، فإذا لم يكن فِعْلُ بعضِهم موجباً صارَ فعلُ الباقين بعضَ العلَّةِ، فلا يترتَّبُ عليه الحُكم. أما الصبيُّ والمجنونُ فلِما مرّ في السرقةِ. وأما ذو الرَّحِمِ المَحْرَم فلأن القافلةَ كالحِرْزِ، فقد حَصَلَ الخَللُ في الحِرْزِ في حقِّهم فسقَطَ الحدُّ، فيصيرُ الفعلُ إلى الأولياء، ولهٰذا لو قَطَعَ بعضُ القافلةِ على البعضِ لا يجبُ الحدُّ، لأن الحِرْزَ واحدٌ، فصارت كدارٍ واحدةٍ، ولو كان في المقطوعِ عليهم مستأمَنٌ قُطِعوا، لأن الامتناعَ في حقِّه لخللٍ في العِصْمةِ وذٰلك يخصُّه، وخللُ الحِرْزِ يعُمُّ الكُلَّ.

ثم شرائطُ قطعِ الطريـق في ظاهرِ الروايـة أن يكـونَ قومٌ لهم مَنَعـةٌ ـ على ما تقدَّم ـ ينقطعُ بهم الطريقُ، ولا يكون في مِصْرٍ ولا بين قريتين ولا بين مَدينتين، ويكون بينهم وبين المِصر مسيرةُ السَّفَر، لأن قطعَ الطريق بانقطاع المارَّةِ والسَّابلةِ، ولا يُمنعون عن المشي في هٰذه المواضعِ فيلحقُهم الغَوْثُ ساعةً بعد ساعةٍ من المسلمين، أو من جهةِ الإمام. ورويَ عن أبي يوسف لو كان في المِصرِ ليلاً، أو بينَهم وبين

. . . .

المِصرِ أقلُّ من مسيرةِ سَفَرٍ فهم قُطَّاعُ الطريق، وعليه الفتوى، نظراً لمصلحةِ الناس بدفع شرِّ المتغلِّبة المُفسِدين، وأبو حنيفة رضي الله عنه أجابَ على ما شاهَدَ في زمانِه، فإن أهلَ الأمصار كانوا يحمِلون السلاحَ، فلا يتمكنُ قاطعُ الطريق من مغالبَتِهم، فأما إذا تَرَكوا هٰذه العادةَ وأمكَنَ أن يتغلَّبَ عليهم قطاعُ الطريقِ أُجري عليهم الحَدُّ، ولهٰذا قال: لا يثبتُ قطعُ الطريق بين الحِيرةِ والكوفة، لأن الغَوْثَ في زمانِه كان يلحَقُ ذٰلك الموضعَ لاتصال المِصْرين، أما الآن فهي برِّيةٌ يجري فيها قطعُ الطريق. ويستوي فيه الامتناعُ بالخَشَبِ والسلاح، لأن المعنى يوجدُ بهما، ولا بدَّ أن يكون في دارِ الإسلام، لأن الحدَّ إذا وُجد سببُه في دار الحربِ لا يُستوفَى في دار الإسلام لما مرَّ في الحدود. وإذا تاب قُطَّاعُ الطريق قبلَ أن يُؤخَذوا سَقَطَ عنهم الحدُّ وبقي حقُّ العباد في المال والقِصاص، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ﴾ [المائدة: ٣٤]، فيقتضي خروجَه عن الجُملة عملاً بالاستثناء، وفي السرقة إذا تابَ ولم يَرُدَّ المالَ يُقطَعُ لأن قوله تعالى: ﴿فَمَن تَابَ مِنۢ بَعۡدِ ظُلۡمِهِۦ﴾ [المائدة: ٣٩]، ليس استثناءً، فلا يقتضي خروجَ التائبِ من الجُملةِ السابقة، وهو كلامٌ مبتدأٌ يَستغني عن غيرِه، فيُحمل على الابتداءِ لأنه أولى، أما الاستثناءُ يفتقِرُ في صحَّتِه إلى ما قبلَه فافترقا.

نجز بعون الله وتوفيقه الجزء الثالث من «الاختيار شرح المختار»

ويليه الجزء الرابع وأوله كتاب السير

فهرس

الجزء الثالث من «الاختيار لتعليل المختار»

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة